UNIVERSITE DE POITIERS
FACULTÉ DE DROIT

DU

DROIT DE PASSAGE

ENVISAGÉ RELATIVEMENT

A SON TITRE ET A SON ASSIETTE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le jeudi 22 décembre 1898, à 3 heures, dans la salle des Actes publics de la Faculté

PAR

Emile LOCHELONGUE
Avocat à la Cour d'appel.

POITIERS
IMPRIMERIE MASSON
PLACE DU LYCÉE
—
1898

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547313_0042

DU DROIT DE PASSAGE

ENVISAGÉ RELATIVEMENT

A SON TITRE ET A SON ASSIETTE

UNIVERSITÉ DE POITIERS

FACULTÉ DE DROIT

MM. LE COURTOIS (✲, I ⚜), Doyen, Professeur de Droit civil.
DUCROCQ (O. ✲, I ⚜), Doyen honoraire, Professeur honoraire, Professeur à la Faculté de Droit de Paris, Correspondant de l'Institut.
THÉZARD (I ⚜), Doyen honoraire, Professeur de Droit civil, Sénateur.
ARNAULT DE LA MÉNARDIÈRE (I ⚜), Professeur de Droit civil.
NORMAND (I ⚜), Professeur de Droit criminel, assesseur du Doyen.
PARENTEAU-DUBEUGNON (I ⚜), Professeur de Procédure civile.
ARTHUYS (I ⚜), Professeur de Droit commercial et chargé du Cours de Droit maritime.
BONNET (I ⚜), Professeur de Droit romain.
PETIT (I ⚜), Professeur de Droit romain, chargé des Cours de Science et Législation financières et de Pandectes (Doctorat).
BARRILLEAU (I ⚜), Professeur de Droit administratif et chargé d'un Cours de Droit administratif pour le Doctorat.
N... Professeur d'Economie politique.
SURVILLE (I ⚜), Professeur de Droit international public et privé, et chargé d'un Cours de Droit civil.
PRÉVOT-LEYGONIE (A. ⚜), Professeur d'Histoire du Droit public (Doctorat), de Principes du Droit public et Droit constitutionnel comparé (Doctorat), chargé du Cours de Droit international public (2e année).
MICHON, Professeur adjoint, chargé des Cours d'Histoire générale du Droit français et d'Eléments du Droit constitutionnel (1re année), et du Cours d'Histoire du Droit (Doctorat).
CHÉNEAUX, Agrégé, chargé des Cours d'Economie politique (Doctorat), d'Histoire des Doctrines économiques et de Législation et Economie rurales.
GIRAULT (A. ⚜), Agrégé, chargé du Cours d'Economie politique et du Cours de Législation et Economie coloniales.
AUDINET (A. ⚜), Professeur à la Faculté de Droit de l'Université d'Aix-Marseille, chargé des fonctions d'agrégé à la Faculté de Droit de l'Université de Poitiers.
ISAMBERT, Docteur en droit, Chargé de conférences.
ROCHE (I ⚜), Secrétaire.
COULON (I ⚜), Secrétaire honoraire.

COMMISSION

Président : M. SURVILLE, *professeur*.

Suffragants : { MM. ARNAULT DE LA MÉNARDIÈRE, *professeur*.
CHÉNEAUX, *agrégé*.

UNIVERSITÉ DE POITIERS

FACULTÉ DE DROIT

DU

DROIT DE PASSAGE

ENVISAGÉ RELATIVEMENT

A SON TITRE ET A SON ASSIETTE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

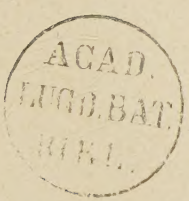
PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le jeudi 22 décembre 1898, à 3 heures, dans la salle des Actes publics de la Faculté

PAR

Emile LOCHELONGUE

Avocat à la Cour d'appel.



POITIERS

IMPRIMERIE MASSON

PLACE DU LYCÉE

1898

DU DROIT DE PASSAGE

ENVISAGÉ RELATIVEMENT A SON TITRE ET A SON ASSIETTE

INTRODUCTION

1. — Les avantages que procurent les droits réels ne donnent pas satisfaction à toutes les exigences de la pratique. Et les propriétaires, dans un intérêt commun, doivent souvent, sans y être tenus, souffrir de leurs voisins des actes qui, sans porter atteinte aux intérêts de ceux qui les permettent, profitent à ceux qui les accomplissent.

Si ces actes, dits « de bon voisinage », étaient interprétés comme l'exercice d'un droit, la crainte d'une spoliation les ferait vite disparaître.

Le législateur doit s'efforcer de les encourager en protégeant les intérêts de ceux qui les tolèrent.

2. — Il est difficile de distinguer les actes de tolérance de ceux qui constituent l'exercice d'un droit. C'est ce qui explique la variété infinie que nous trouvons dans notre

ancien droit parmi les dispositions réglementant la constitution des servitudes.

Au milieu de cette variété, une tendance s'affirme aussi bien dans les pays de droit écrit que dans les pays de coutume. On considère, en général, comme précaire l'exercice des servitudes ; en conséquence, on amoindrit et parfois même on supprime les effets de leur possession.

C'est ainsi que la Coutume de Paris, dans son article 186, pose cette règle rigoureuse : « Droit de servitude ne s'ac-« quiert par longue jouissance quelle qu'elle soit, sans « titre, encore qu'on en ait joui pendant cent ans [1]. »

Et Dumoulin nous apprend que le motif de cette rigueur était : « d'obvier aux grandes entreprises, qui se « faisaient *in dies* sous couleur de souffrance et tolé-« rance pour cause d'amitié ou familiarité dont on « abusait [2]. »

Notre ancien droit réagissait ainsi contre le système du droit romain.

3. — Justinien réorganisant la prescription avait décidé en effet que les servitudes pourraient toujours s'acquérir sur les biens par le laps de temps nécessaire pour acquérir la propriété [3]. La prescription des servitudes était par suite variable suivant les fonds ; on acquérait une servitude par prescription de 10 à 20 ans si la pro-

1. Coutume de Paris, art. 186 (cet art. est au lieu des 80, 86 et 87 de l'ancienne Coutume). Conf. Orléans, 226, Bar, 179, Crépy, 124, Meaux, 175, Normandie, 608, Sedan, 278, Verdun XI, 3.

2. Voir Commentaire de la Coutume de Paris par Claude de Ferrière, 2e édit, t. II, p. 1518, § 5.

3. Loi 12 in fine C. de præscr. long. temp. VII, 33

priété du fonds servant était prescriptible par ce laps de temps ; tandis qu'au contraire une possession de 30 à 40 ans était exigée pour la constitution de la servitude si le fonds servant n'était susceptible de s'acquérir que par cette longue possession.

Mais le système romain, malgré ces variantes, était favorable à la prescription des servitudes, il ne présumait pas la tolérance [1].

4. — Ce système passa dans le droit écrit, où il cessa bientôt d'être absolu.

Le droit écrit [2], après avoir admis pour les servitudes le principe de la prescription, considéra comme insuffisante la prescription de dix à vingt ans, même avec juste titre et bonne foi, puis il divisa les servitudes en servitudes continues et servitudes discontinues.

1. Le droit romain ne faisait aucune distinction entre les servitudes continues et les servitudes discontinues. Merlin, *Recueil alphab. de questions de droit.* Servitude, § II, p. 240.

2. *Dans les Institutions du droit français suivant l'ordre de celles de Justinien*, par Claude Serres, édit. de Paris, 1755, livre I, titre III, § 4, p. 143, on lit : « Dans les pays de droit écrit, les servitudes « peuvent être acquises par la prescription ainsi que chez les Ro- « mains ; mais au lieu que dans le droit romain les servitudes pouvaient « s'acquérir par la prescription de dix ans entre presens et vingt ans « entre absens, appellée *praescriptio longi temporis*, *Leg. ult. in fine*, « *Cod de praescrip. long. temp.*, on juge néanmoins qu'il faut une pres- « cription de trente années à l'égard des servitudes continues, et une « prescription ou possession immémoriale pour acquérir les servitudes « discontinues, la prescription de dix ou vingt ans n'ayant lieu parmi « nous que contre les hypothèques des créanciers. Ainsi par un arrêt « du Parlement de Toulouse du 19 mai 1702, il fut jugé que les ser- « vitudes discontinues ne peuvent s'acquérir que par un temps immé- « morial ou de cent années ; la même chose fut jugée le 21 mars « 1703. »

Les premières seules furent susceptibles de s'acquérir par trente ans d'usage, sans distinguer si le propriétaire dominant était de bonne ou mauvaise foi, s'il avait un titre ou non. Quant aux secondes, on ne put les acquérir que par une possession immémoriale.

Ces dispositions du droit écrit constituent un système intermédiaire entre le droit romain et le droit coutumier. Le droit romain permettait de prescrire toutes les servitudes ; avec le droit coutumier, on tombe dans l'excès contraire.

5. — Toutes les Coutumes, sans doute, ne sont pas aussi exclusives que la Coutume de Paris [1], repoussant même la possession immémoriale ; mais, en général, elles adoptent la maxime « nulle servitude sans titre », en lui apportant quelques atténuations.

C'est ainsi que certaines Coutumes [2] reconnaissent que la possession immémoriale ou centenaire vaut titre, que d'autres [3] permettent de prescrire toute une catégorie de servitudes ; que d'autres encore autorisent la prescription, soit qu'il y ait eu contradiction [4], soit que la

1. On peut citer notamment la Coutume d'Anjou, qui permettait d'acquérir les servitudes rurales par trente ans de possession continue, même sans titre.

2. Parmi ces Coutumes, celle de Bruges, titre XXII, art. 1, et celle de Douai, chap. IX, art. 2, sont citées par Lalaure dans son traité sur les servitudes réelles, livre III.

3. La Coutume de Normandie (art. 608), de même que la Coutume d'Anjou, ne déclarait la prescription opérante qu'à l'égard d'une catégorie seulement de servitudes. (Voir Lalaure déjà cité.)

4. Après avoir édicté que les servitudes ne se peuvent prescrire, les Coutumes de Nivernais (chap. X, art. 2) et du Berry (tit. II, art. 2,

servitude ait été exercée avec juste titre et bonne foi [1].

6. — Etablir une présomption de précarité à la base de la possession de toutes les servitudes, c'est tomber dans une exagération regrettable.

La protection des droits de ceux qui tolèrent les actes de bon voisinage ne doit pas faire oublier qu'il est des situations dignes d'intérêt.

Lorsqu'à la continuité de certaines servitudes s'ajoutent des travaux apparents, on se trouve en face de manifestations sérieuses. Tout porte à croire, si cette situation s'est prolongée longtemps, qu'elle est la conséquence d'une constitution régulière dont la preuve est détruite par le temps, et, en conséquence, on doit écarter la présomption de précarité.

Berlier [2], dans l'exposé des motifs, s'exprime ainsi : « Des actes journaliers et patents exercés pendant si long- « temps sans aucune réclamation ont un caractère propre « à faire présumer le consentement du propriétaire « voisin : le titre même a pu se perdre, mais la posses- « sion reste et ses effets ne sauraient être écartés sans « injustice. »

7. — Tout en s'efforçant de concilier les dispositions et les tendances du droit antérieur, les rédacteurs du Code

3 et 4) ajoutaient : « sinon qu'il y eut quelque contradiction expresse et formelle par laquelle la prescription des dites servitudes pouvait être commencée et serait parfaite par l'espace de 30 ans. »

1. Pothier, *Introduction au titre XIII de la Coutume d'Orléans*, Des servitudes réelles, art. 2, § 8, enseignait que la Coutume d'Orléans autorisait la prescription des servitudes lorsqu'il y avait justre titre et bonne foi.

2. Trav. prép. Fenet, XI, éd. 1836, p. 312, n° 690.

civil se sont laissé guider par ces considérations.

Ils ont emprunté au droit coutumier la maxime « nulle « servitude sans titre », mais ils en ont restreint l'application en s'inspirant de la distinction que le droit écrit établissait entre les servitudes continues et les servitudes discontinues.

Pour les servitudes continues et apparentes, la précarité disparaît. Pour les autres, dit Berlier, « rien n'assure, rien « ne peut même faire légalement présumer que le pro- « priétaire voisin ait une suffisante connaissance d'actes « souvent fort équivoques et dont la preuve est dès lors « inadmissible [1]. »

Seulement, même pour les servitudes continues et apparentes, la tolérance peut exister. Pour en prévenir les dangers, le législateur ne permet de prescrire ces servitudes que par le laps de temps le plus long requis pour la prescription des droits immobiliers.

8. — Telles sont les origines des articles 690 et 691 ainsi conçus :

Article 690. — *Les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par titre ou par la possession de 30 ans.*

Article 691. — *Les servitudes continues non apparentes et les servitudes discontinues apparentes ou non apparentes ne peuvent s'établir que par titres. La possession même immémoriale ne suffit pas pour les établir.*

9. — L'article 688 classe le droit de passage parmi les servitudes discontinues qui, aux termes de l'article 691, ne peuvent s'acquérir que par « titres ».

1. Trav. prép. Fenet, XI, éd. 1836, p. 312, n° 691.

DIVISION DU SUJET.

10. — Dans le langage du droit, le mot « titre » est employé avec deux significations différentes. Il désigne parfois le fait juridique qui engendre le droit, mais, le plus souvent, il désigne l'acte ou l'écrit qui constate ce droit et sert à prouver son existence.

11. — Les articles 690 et 691 du Code civil, insérés en tête d'une section qui a pour rubrique « comment s'établissent les servitudes », emploient évidemment le mot titre pour désigner non pas un mode de preuve, mais un mode d'acquisition.

Ces textes, qui opposent le titre à la possession, décident que la possession de trente ans peut faire acquérir les servitudes continues et apparentes, mais se refusent à reconnaître la prescription comme moyen d'acquérir les autres servitudes.

Et on admet[1] généralement que, sous réserve de cette restriction, relative à la possession, la constitution des servitudes est soumise aux règles qui, de droit commun, sont appliquées à la transmission des droits immobiliers. Si bien qu'en dehors de la prescription tout mode opérant transmission de la propriété permettrait d'acquérir un droit de servitude de passage.

12. — *Première partie.* — Cette notion du titre de la servitude mérite d'être précisée ; ce sera l'objet de la première partie de cette étude.

1. Demolombe, *Cours de Code Napoléon. Traité des servitudes*, tome II. Edition de 1855, n° 730.

Dans le CHAPITRE I, on recherchera si, abstraction faite de la possession, tous les modes de transmission de la propriété sont susceptibles de constituer un droit de servitude de passage ; puis, on examinera si la constitution de la servitude doit être accompagnée d'une circonstance spéciale, la rédaction d'un écrit. Ceci fait, il sera facile de donner une définition du titre de la servitude de passage.

Le CHAPITRE II, en traitant spécialement de la nécessité de décrire la servitude dans le titre, exposera la distinction qui existe entre le titre, l'obligation qu'il produit, et la servitude qui en résulte.

Avec le CHAPITRE III, on analysera la constitution de la servitude légale de passage, en comparant, au point de vue de son titre, cette servitude légale à la servitude conventionnelle de passage.

13. — *Seconde partie.* — La servitude de passage exige un titre, mais l'existence d'un titre ne suffit pas ; pour qu'une servitude de passage soit constituée, il faut en outre que l'obligation contenue dans le titre ait été exécutée ; or cette exécution, qui opère transformation d'un droit d'obligation en un droit réel, implique certaines conditions qui ne sont pas toujours réunies au moment même où le titre prend naissance : c'est ainsi notamment que la désignation du lieu où doivent s'accomplir les faits de passage, peut être postérieure au titre. Dans ce cas, la servitude est due comme droit d'obligation avant d'exister comme droit réel.

En recherchant ce qu'il faut entendre par « titre », on étudiera surtout le fondement de la servitude de passage ;

l'étude de l'assiette nous fera envisager plus spécialement l'exécution de l'obligation contenue dans le titre et les conséquences de cette exécution.

On examinera, dans un PREMIER CHAPITRE, comment se détermine l'assiette du passage, puis on recherchera, dans un SECOND CHAPITRE, quels sont les effets de cette détermination.

14. — *Troisième partie.* — Après avoir précisé la notion du titre, et avoir montré la transformation du droit d'obligation en un droit réel de servitude, il restera à examiner comment se prouve le titre d'une servitude de passage et dans quelle mesure les effets de ce titre sont opposables aux tiers.

PREMIÈRE PARTIE

DU TITRE

CHAPITRE I

DES DIFFÉRENTS MODES DE CONSTITUTION D'UNE SERVITUDE DE PASSAGE ET DE LA NÉCESSITÉ DE DRESSER UN ÉCRIT DE LA CONSTITUTION DE LA SERVITUDE. — DÉFINITION DU TITRE.

15. — La servitude réelle, inhérente au fonds, dont elle constitue une qualité, se transmet avec l'héritage à qui elle est due.

Il en résulte que, jointe à la propriété, la servitude de passage est susceptible de s'acquérir par tous les modes dérivés d'acquisition de la propriété, même par succession et par possession ; tandis que, prise isolément, elle ne peut faire l'objet d'une transmission.

16. — Limitant cette étude, selon les articles 690 et 691, à l'acquisition proprement dite de la servitude, on peut affirmer tout d'abord que les modes qui permettent d'acquérir la propriété de choses qui auparavant n'appartenaient à personne, sont inapplicables à la constitution d'un droit de passage ; on ne peut concevoir, en effet, une ser-

vitude grevant un fonds qui n'aurait pas de maître ; il ne saurait y avoir démembrement de propriété là où il n'y a pas de propriété. Différant du droit de propriété, le droit de servitude le suppose et sa constitution n'est qu'une transmission partielle des avantages que conférait la propriété ; aussi il est naturel que la servitude soit constituée par les modes qui permettent de transmettre la propriété ; un vieil adage dit : « qui peut le plus peut le moins. »

Toutefois une distinction doit être faite parmi les modes qui font acquérir la propriété par transmission. Il en est, en effet, où le droit de propriété se trouve transmis comme conséquence d'une modification apportée à l'état d'une personne. Telle est la succession qui, en transmettant sur la tête d'un autre tous les droits qui constituaient le patrimoine du défunt, fait acquérir indirectement les droits de propriété contenus dans le patrimoine.

La servitude, rapport entre deux fonds, est toujours indépendante de l'état des personnes, et son acquisition exige une opération juridique semblable à celle qui permet de transmettre un droit de propriété sur un immeuble, sans dépouiller son titulaire de l'universalité de ses droits ; et, en principe, une servitude peut être constituée par testament, donation, contrat et prescription ; il convient de remarquer que ces modes, sauf la prescription, contiennent une obligation de donner. Sans doute cette obligation de donner n'est pas de l'essence même du testament ; mais, lorsqu'il y a un legs particulier, on décide que le testament fait naître un quasi-contrat produisant l'action personnelle, qui permet au légataire particulier d'obtenir de l'héritier ou du légataire universel ou à

titre universel la délivrance de son legs. Si on considère que le legs d'une servitude est nécessairement un legs particulier, on décidera qu'à la base du droit réel de servitude légué se trouve une obligation. Et on conclura que, par opposition à la possession, on doit entendre par « titre de la servitude » le contrat ou le quasi-contrat produisant une obligation de donner.

Ainsi seront écartés, comme modes d'acquisition de la servitude de passage, tant les modes qu'on désigne comme modes originaires d'acquisition de la propriété, que ceux qui ont, pour fondement, la possession, ou, pour objet, une universalité de biens.

17. — Pour qu'une servitude de passage existe, suffit-il qu'on ait employé un des modes qui permettent de transmettre isolément un droit de propriété, ou bien la rédaction d'un écrit est-elle nécessaire, pour qu'il y ait constitution d'une servitude ?

Pour répondre à cette question, on établira une distinction suivant que la servitude est constituée à titre gratuit ou à titre onéreux.

18. — I. Constitution a titre gratuit. — Pour la constitution à titre gratuit d'un droit de servitude de passage, comme pour l'acquisition à titre gratuit de tout autre droit, il n'est pas douteux qu'un acte authentique ou sous signature privée soit nécessaire. La donation et le testament, qui sont, en droit français, les deux seuls titres gratuits, ont un caractère solennel, et, si les formes prescrites par la loi n'ont pas été suivies, la donation et le testament n'ont aucun effet. La servitude établie dans une donation ou un testament, nuls en la forme, n'existe

pas. Il sera par suite nécessaire, pour donner ou léguer un droit de passage, de faire dresser un acte authentique ou de rédiger un écrit (testament olographe).

19. — II. Constitution a titre onéreux. — Pour établir un droit de passage à titre onéreux, sera-t-il également nécessaire de dresser un acte authentique ou sous signature privée ?

De droit commun, aucune formalité n'intéresse l'existence des contrats à titre onéreux. Et la simple convention verbale, contenue dans une vente, un partage ou un autre contrat, produit ses effets indépendamment de tout écrit. L'acte authentique ou l'écrit sous signature privée n'ajoute rien au caractère et à la force de la convention ; il n'a d'intérêt qu'au point de vue de la preuve, et encore on y peut suppléer par la preuve testimoniale, l'aveu et le serment ; ce droit commun est-il applicable aux contrats constitutifs d'un droit de servitude, et spécialement d'un droit de servitude de passage ?

20. — Des auteurs ont soutenu et des arrêts ont décidé que, pour constituer une servitude par titre, il était nécessaire de dresser un acte ou de rédiger un écrit.

D'après Pardessus [1], qui adopte cette opinion, le mot « titre », employé dans les articles 690 et 691, désignerait tous documents propres à fournir une preuve écrite. Mais cet auteur ne donne aucun argument en faveur de son opinion, qui serait complètement oubliée, si M. Vanier [2] ne l'avait pas reprise et soutenue très

1. Pardessus, t. II, p. 3, n° 242.

2. Vanier, *Questions notables sur les servitudes*, p. 30 et suivantes, Paris, 1871.

brillamment en faisant appel à des considérations historiques.

La cour de la Haye [1] et celle de Bruxelles [2] ont suivi également cette opinion. Leurs arrêts sont restés isolés. Et la cour de Bruxelles, revenant même sur ce qu'elle avait jugé en janvier 1833, s'est ralliée à notre jurisprudence et à la majorité de nos auteurs.

21. — Dans le système consacré par notre jurisprudence [3] et admis par la plupart de nos auteurs [4], une servitude peut être constituée par un contrat à titre onéreux indépendamment de tout écrit.

22. — *Principes.* — En faveur de ce second système, on invoque le principe contenu dans l'article 1134. Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Quand un acte ou un écrit est nécessaire pour la formation du contrat, le législateur emploie des termes formels.

C'est ainsi que l'article 931, qui exige un acte authentique pour la validité de la donation, est ainsi conçu : « Tous actes portant donation entre-vifs seront passés « devant notaires dans la forme ordinaire des contrats, et

1. La Haye, 16 mai 1851, *Belgique judiciaire*, 1851, p. 1041.

2. Bruxelles, 30 janvier 1833 ; Pasicrisie, 1833, 2, 34.

3. Bourges, 7 janvier 1829, D. *Rép.*, Servit., n° 1092. Req. 16 novembre 1829. D. *Rép.*, Servit., n° 997. Paris, 14 juin 1843, D. *Rép.*, Servit., n° 977. Req. P. 16 décembre 1863, D. P. 64, 1, 215. Agen, 12 février 1869, D. P. 70, 2, 15. Caen, 30 août 1874, D. 74, 5, 453. Civ. cass., 8 nov. 1886, D. P. 87, 1, 85.

4. Demolombe, t. XII, n° 729, p. 320. Aubry et Rau, 4e édit., t. III, § 250-4°. Demante, t. II, n° 545 bis. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. IV, p. 508. Laurent, t. VIII, p. 175 et suivantes.

« il en restera minute sous peine de nullité. Et, relativement au contrat de mariage, l'article 1394 édicte : « Toutes conventions matrimoniales seront rédigées « avant le mariage par acte devant notaire. » L'article 2074 peut, en outre, être consulté. Dans toutes ces dispositions, la volonté du législateur se manifeste expressément.

Si on trouvait dans les articles 690 et 691 les expressions catégoriques dont se sert le législateur, lorsqu'il édicte une prescription du genre de celle qui nous occupe, on serait autorisé à dire que le contrat, qui produit la servitude, est un contrat *sui generis*. Toutefois la situation qui serait ainsi créée aurait des conséquences si illogiques qu'on s'y soumettrait à regret.

I. —En effet, la servitude n'est qu'un démembrement de la propriété, et un démembrement bien moins important que l'usufruit. Or le simple consentement verbal suffit dans la vente, dans l'échange, pour transférer la propriété ou constituer un usufruit, et, dans ces mêmes contrats, on exigerait un écrit ou un acte lorsqu'il s'agirait de constituer une servitude et spécialement une servitude de passage.

II. — Bien plus, si on admettait que le fait juridique, qui constitue la servitude, doit être accompagné d'un écrit, la preuve par témoins de ce fait juridique serait inopérante, sauf le cas exceptionnel où l'on prouverait : 1° qu'un écrit a été fait, et 2° qu'un cas de force majeure met obstacle à sa production. Est-ce admissible ? On peut acquérir une servitude par prescription, ce qui suppose la possibilité d'une preuve par témoins, et on ne pourrait

pas prouver par témoins une constitution régulière.

En vain, dans l'hypothèse spéciale qu'on étudie, objecterait-on que la prescription ne fait pas acquérir la servitude de passage (article 691.) Il suffit, pour répondre à cette objection, de remarquer que le mot « titre » a le même sens dans les articles 690 et 691 ; or, l'observation, qui précède, s'applique, sans contestation possible, au mot « titres » employé dans l'article 690.

Ancien droit. — Pour combattre ces arguments, M. Vanier fait appel à des considérations tirées des origines des articles 690 et 691.

Selon M. Vanier, les rédacteurs du Code civil auraient reproduit les dispositions de nos anciennes Coutumes [1] qui, de l'avis de tous les commentateurs, auraient exigé, pour la revendication d'un droit de servitude, la production d'un titre écrit.

Aucune des propositions avancées par M. Vanier ne mérite d'être retenue.

I. — Tout d'abord, rien ne prouve que les rédacteurs du Code civil aient reproduit servilement les dispositions des Coutumes, et notamment celles de la Coutume de Paris. Il semble, au contraire, que notre Code a repoussé le système trop exclusif du droit coutumier; en effet, ne reconnaît-il pas comme modes de constitutions des servitudes la destination du père de famille et la prescription que ne reconnaissait pas la Coutume de Paris de 1580 ? Notre Code est certainement moins rigoureux que le droit

1. Normandie, art. 608. Orléans, 225, et Cout. de Paris de 1580, art. 686.

coutumier. Et alors même que les Coutumes auraient exigé, pour la constitution des servitudes, la rédaction d'un écrit, on ne devrait pas en conclure forcément qu'une semblable exigence doit se trouver dans notre législation.

II. — Bien plus, M. Vanier n'a pas démontré que les Coutumes de Paris, d'Orléans et de Normandie fussent aussi sévères qu'il le prétend. Les expressions employées dans ces Coutumes sont loin d'être formelles. Et la signification, que nous avons donnée du mot titre à propos des articles 690 et 691, pourrait fort bien s'appliquer à ce même mot employé dans les différents passages cités par M. Vanier.

III. — Quant à l'opinion des commentateurs, elle n'a pas toute la force qu'on voudrait lui attribuer, et l'accord entre les commentateurs, quoi qu'en dise M. Vanier, n'existait pas plus dans notre ancien droit que maintenant, lorsqu'il s'agissait de déterminer ce qu'il faut entendre par titre constitutif de servitude. C'est ainsi que Pothier [1], par analogie de ce que décidait en termes exprès la Coutume de Paris, avait proposé d'admettre la possession centenaire comme valant titre.

Il faut remarquer que le droit écrit a fourni aux articles 690 et 691 la distinction des servitudes en servitudes continues et servitudes discontinues. Et le rôle important qu'il a joué dans la rédaction de ces textes mérite qu'on le prenne en considération lorsqu'il s'agit de les expliquer. M. Vanier ne s'est attaché qu'au droit coutumier.

Concluons. — L'ensemble de l'ancien droit accuse une

1. *Pothier sur l'art.* 225 *de la Cout. d'Orléans.* Edition Bugnet, titre XIII, p. 320, note 3.

tendance à présumer la tolérance à la base de l'exercice des servitudes. Cette présomption de tolérance, qui se traduit dans le droit coutumier par l'imprescriptibilité des servitudes, et qui produit dans le droit écrit une distinction entre les servitudes continues et les servitudes discontinues, explique les articles 690 et 691. Elle nous indique nettement la signification qu'on doit donner du mot « titre », lorsque ces textes l'opposent au mot possession.

Le mot « titre », disent Aubry et Rau [1], est employé dans les articles 690 et 691 pour désigner, par opposition à la prescription acquisitive, la convention et les dispositions de dernière volonté.

23. — *Textes.* — On soutient parfois que cette opinion ne permet pas de rapprocher les articles 690 et 691 de l'article 695. Cependant il n'est pas douteux, dit-on, que dans ces textes, qui se trouvent dans la même section du Code civil, le mot titre ait été employé avec la même signification ; or par « titre » l'article 695 désigne certainement un acte écrit.

Ce raisonnement est inexact. En effet, lorsqu'on admet que le mot titre figure dans l'article 695 avec le sens d'acte écrit (ce qui peut être contesté), on reconnaît, en même temps, que l'article 695 tranche une question de preuve. Pourquoi, dès lors, rapprocher ce texte des articles 690 et 691, qui ont pour objet tout différent la constitution d'un droit et non la preuve de son existence ?

1. Aubry et Rau, t. III, p. 71, nº 250, note 1. (Voir arrêts précités, note 1, du nº 21.)

C'est parmi les dispositions, qui traitent des modes de constitution des servitudes, qu'il convient de chercher un texte explicatif.

Or l'article 639 est ainsi conçu : « Elle (la servitude) « dérive ou de la situation naturelle des lieux ou des « obligations imposées par la loi ou des conventions entre « propriétaires. »

Il est bien évident que ce mot « conventions » serait impropre si les contrats constitutifs de servitude étaient des contrats solennels.

Cependant, si l'article 639 était isolé, il ne fournirait pas, selon nous, un argument de grande valeur. On pourrait, en effet, objecter que le terme convention est un terme plus général que celui de titre, et que par « conventions entre particuliers » l'article 639 entend désigner tous les modes de constitution par le fait de l'homme.

Mais cette objection s'évanouit lorsqu'on rapproche l'article 639 de l'article 2, § 2 de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription. Ce dernier texte tranche d'une façon décisive toute cette longue discussion.

Dans l'énumération des actes, qu'elle soumet à la transcription, la loi de 1855 (article 2, § 2) nous indique les jugements, qui constatent l'existence d'une servitude en vertu d'une convention verbale.

C'est donc que notre législateur admet qu'une servitude peut être constituée par une convention indépendamment de tout acte écrit.

En résumé, sans qu'un écrit soit rédigé, la vente, l'échange, le partage et tous les autres contrats à titre onéreux établissent valablement une servitude de passage.

24. — *Concluons.* Un fait juridique susceptible de produire une obligation de donner est nécessaire pour faire acquérir le droit de passage, et ce fait juridique est le titre de la servitude.

CHAPITRE II

DISTINCTION ENTRE LE TITRE, L'OBLIGATION QU'IL PRODUIT ET LA SERVITUDE QUI EN RÉSULTE. — DE LA NÉCESSITÉ DE DÉCRIRE LA SERVITUDE DANS LE TITRE.

25. — Certaines dispositions du droit coutumier exigeaient une description complète des servitudes dans le titre, qui les constituait. Ainsi on lit, dans la Coutume d'Orléans, article 227 : « Et les faux nommément et « spécialement déclarer tant pour l'endroit, grandeur, « hauteur, mesure, qu'espèce de servitudes et par écrit « autrement toutes constitutions générales de servitudes « sans les déterminer comme dessus ne valent. » Et une disposition identique se trouve insérée dans la Coutume de Paris (article 215, moins les mots : et par écrit, reproduits article 216). On pourrait envisager cette condition de description, imposée pour la validité de la constitution des servitudes, comme une conséquence naturelle du régime de défaveur, auquel étaient soumises les servitudes dans le droit coutumier.

Toutefois, il faut remarquer : 1° que les articles 227 de la Coutume d'Orléans et 215-216 de la Coutume de Paris sont relatifs à l'établissement des servitudes par destination du père de famille, et 2° que la condition de descrip-

tion exigée par ces articles ne se retrouve pas inscrite parmi les dispositions qui, dans les Coutumes d'Orléans et de Paris, traitent des autres modes de constitution des servitudes. Cette condition de description est-elle, par suite, spéciale à la destination du père de famille? On est d'autant plus porté à le croire que le droit coutumier reconnaissait à regret la destination du père de famille, comme mode de constitution des servitudes; qu'ainsi les Coutumes d'Orléans, Paris, Calais, 172, Metz, XIII, 22, ne considéraient la constitution opérée par ce mode, comme valable, que si un écrit était dressé.

Cependant il est préférable d'admettre que les articles 227 de la Coutume d'Orléans et 215-216 de la Coutume de Paris ne sont pas des textes d'exception, destinés à fixer les conditions spéciales à la constitution des servitudes par destination du père de famille. En effet, ce mode ne faisant pas partie de ceux employés pour la transmission de la propriété, aucune règle ne pouvait lui être appliquée par analogie. Une réglementation générale et précise s'imposait.

Tel dut être l'objet des articles 227 de la Coutume d'Orléans et 215-216 de la Coutume de Paris, qui auraient, par suite, ce double caractère : 1° de se suffire à eux-mêmes et 2° de ne s'appliquer qu'à la destination du père de famille.

Sauf les textes qui, dans quelques Coutumes, étaient relatifs à la destination du père de famille, aucun texte de notre ancien droit n'exigeait une description complète de la servitude dans le titre, qui la constituait.

C'est, par suite, en dehors des textes qu'il convient de

rechercher dans quel sens et jusqu'à quel point, dans notre ancien droit, la description de la servitude était nécessaire pour sa constitution.

Il est à remarquer que le droit, résultant de la destination du père de famille, est la consécration d'un état de fait, qui est généralement l'expression certaine de la volonté des parties, et que par suite il ne semblerait pas nécessaire, pour ce mode moins que pour tout autre, d'exiger la description de la servitude.

26. — Les textes de notre droit actuel, pas plus que ceux de notre ancien droit, ne tranchent directement cette question de description qui doit se résoudre par une application des principes généraux.

27. — Dans cet ordre d'idées, l'étude des effets produits par l'obligation de donner nous fournit une indication précieuse. L'obligation de donner rend le créancier propriétaire par le seul effet du consentement, et on peut conclure, par analogie, qu'aussitôt que l'obligation de constituer une servitude de passage est formée, la servitude est établie comme droit réel.

28. — Cette règle se dégage de l'article 1138. Mais son application est soumise à certaines conditions. La transmission de propriété, pour s'opérer par le seul effet du consentement, exige, indépendamment de la validité de l'obligation : 1° que le débiteur soit propriétaire de l'objet de l'obligation de donner, et 2° que cet objet soit un corps certain.

I. — C'est en ce sens que l'article 1599 décide que la vente de la chose d'autrui est nulle. De même serait nul, en tant que titre constitutif d'un droit réel de servitude,

le contrat par lequel une servitude de passage serait établie sur un fonds n'appartenant pas au constituant. En effet, on ne peut pas céder plus de droit qu'on n'en a soi-même.

II. — Mais il ne suffit pas que l'objet du droit réel à établir appartienne au débiteur, pour que l'obligation de donner opère transmission de propriété par le seul effet du consentement ; il faut, en outre, que cette obligation ait pour objet un corps certain. La vente d'un terrain dont la grandeur et la situation ne seraient pas déterminées ne rendrait pas le créancier immédiatement propriétaire. Elle lui donnerait un droit de créance immobilière, *jus ad rem*, mais non un droit réel, *jus in re*. C'est qu'en effet le droit de propriété constitue un rapport direct entre une personne et un fonds. Tant que le fonds n'est pas individualisé, l'un des termes du rapport manque et le droit ne peut prendre naissance.

Ce raisonnement doit être étendu à la constitution des servitudes. Le contrat à titre onéreux ou à titre gratuit, qui contiendrait obligation de constituer une servitude de passage, sans déterminer quel serait le fonds grevé de la servitude de passage, n'établirait pas *de plano* un droit réel de servitude. La servitude constitue, en effet, un rapport direct entre deux fonds, qui, tous deux, doivent par suite être individualisés.

29. — Mais suffit-il pour la constitution d'une servitude, et spécialement d'une servitude de passage, que l'obligation qui l'établit soit légalement formée et remplisse les deux conditions qui précèdent, ou n'est-il pas nécessaire, en outre, que l'assiette et le mode de la servitude soient déterminés ?

30. — Une question analogue ne peut pas se poser pour le droit de propriété, qui permet « de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue ». Et elle n'aurait pas ici sa raison d'être, si telle servitude établissait toujours entre les fonds dominant et servant tel rapport nettement déterminé. Mais la servitude est un démembrement de la propriété. Elle constitue un ensemble d'avantages et de charges dont l'étendue est essentiellement variable.

31. — L'obligation de constituer une servitude de passage sur tel fonds au profit de tel autre ne contient pas implicitement détermination immédiate des droits et des obligations, qui constitueront la servitude ; or ces droits et ces obligations varient tant avec « endroit, grandeur, hauteur, mesure que espèce de servitude » ; en d'autres termes, ils varient avec l'assiette et le mode d'exercice de la servitude. Aussi cette assiette et ce mode devront être spécialement déterminés pour chaque servitude.

32. — Ainsi que l'enseignait Pothier, la servitude est le droit « qu'a le propriétaire d'un héritage sur un héritage voisin pour la commodité du sien [1] », et il y a analogie entre le droit de servitude et le droit de propriété. Tous deux sont des droits réels pour lesquels on doit pouvoir dire : *aio hanc rem esse meam.*

33. — La description de la servitude est exigée, pour sa constitution comme droit réel, en ce sens : 1° que les fonds dominant et servant doivent être individualisés, puisque la servitude est un rapport entre deux fonds, et

1. Pothier, *Introduction au Titre des servitudes réelles*, édition Buquet, 1845, tome I, page 312, art. 1er, n° 2.

2° que l'assiette et le mode de passage doivent être fixés, puisque c'est de l'assiette et du mode de la servitude que dépendent les droits et les obligations des propriétaires des fonds dominant et servant[1].

34. — Et le législateur ne déterminant pas lui-même le mode et l'assiette de la servitude de passage, il appartiendra aux parties de faire cette détermination, en même temps qu'elles individualiseront les fonds dominant et servant, si elles désirent que la servitude de passage soit constituée comme droit réel au moment du contrat.

35. — Si le titre ne contient pas détermination des fonds servant et dominant et fixation de l'assiette et du mode de la servitude de passage, il n'y aura pas constitution d'un droit réel de servitude par le seul effet du consentement, contenu dans le titre; mais il ne faut pas en conclure que le titre sera sans valeur.

36. — C'est ainsi que la vente de la chose d'autrui, nulle en ce sens que la transmission de propriété n'a pas lieu au moment où le contrat intervient, n'en produit pas moins des obligations; elle oblige, par exemple, le vendeur à faire ses efforts pour obtenir la propriété de la chose vendue qu'il devra transmettre ensuite à l'acquéreur.

De même, la vente de dix hectares de terrain à prendre dans un domaine n'opère pas transfert de propriété. Le

1. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, Des Biens, édit. de 1896, n° 1050, enseigne : « La servitude elle-même « le droit de servitude » naît seulement le jour où l'on a déterminé l'assiette de passage et son mode d'exercice, soit à l'aide d'un règlement conventionnel ou judiciaire, soit comme conséquence de la prescription. Comment parler d'une servitude de passage tant que l'on ignore sa manière d'être, son étendue, le fonds sur lequel elle s'appuie ? »

transfert de propriété exige, pour se produire, la délimitation des dix hectares de terrain; mais le contrat, nul comme vente, est productif d'obligations, et notamment de l'obligation de déterminer le terrain vendu.

37. — Une situation identique se présente, soit qu'un contrat établisse une servitude, à la charge ou au profit d'un fonds n'appartenant pas aux constituants, soit qu'il réserve la détermination des fonds servants et dominants, soit encore qu'il ne fixe pas l'assiette et le mode de la servitude ; ce contrat ne produit pas, *de plano,* le droit réel de passage, mais il donne naissance à une obligation, dont l'exécution se produira plus tard, et l'existence de la servitude datera de cette exécution.

38. — En résumé, suivant les cas, la date de la servitude est concomitante ou postérieure à celle du titre.

Et la constitution du droit de passage comprend : 1° un fait juridique portant obligation, en d'autres termes « un titre », et 2° l'exécution de l'obligation contenue dans le titre.

39. — Cette analyse s'imposait en droit romain, où l'on n'admettait pas que la simple convention fût suffisante pour transférer les droits réels. A la convention devait s'ajouter l'accomplissement de certaines formalités juridiques; si bien qu'après la convention, la servitude n'était due que comme droit d'obligation, et le titulaire de ce droit n'avait contre celui, qui s'était obligé, qu'une action personnelle pour faire établir la servitude promise comme droit réel.

Dans notre Code civil, cette analyse échappe souvent à un examen superficiel ; cependant on trouve des textes qui, sans consacrer le système du droit romain, ont conservé le reflet des dispositions du droit coutumier qui,

pour briser le cercle étroit du système romain, avait introduit des clauses telles que celles de saisine, dessaisine, vest et devest.

D'après l'article 1136, l'obligation de donner emporte celle de livrer la chose et de la conserver jusqu'à la livraison, à peine de dommages-intérêts envers le créancier. Et l'obligation de livrer, aux termes de l'art. 1138, est parfaite par le consentement des parties contractantes.

C'est à tort qu'on regrette parfois que le législateur de 1804 n'ait pas dit simplement : l'obligation de donner opère transmission de propriété par le seul effet du consentement. En présence de certaines situations, on doit reconnaître que la logique a présidé à la rédaction des articles 1136 et suivants, et qu'avec raison le Code analyse les phases de la transmission ou la constitution des droits réels.

40. — En résumé, le titre est le fait générateur de l'obligation dont l'exécution fait acquérir le droit réel de servitude.

CHAPITRE III

COMPARAISON ENTRE LA SERVITUDE LÉGALE ET LA SERVITUDE CONVENTIONNELLE AU POINT DE VUE DE LEUR TITRE.

41. — Le contrat, qui a été fait en vue de constituer un droit réel de passage, réunit-il toutes les conditions, exigées par la loi pour rendre parfaite l'obligation de donner, le titre et la constitution du droit de passage sont concomitants ; au contraire, une condition fait-elle défaut, le droit réel n'est pas immédiatement constitué, le titre donne simplement naissance à une obligation, qui permet au créancier de réclamer passage. Or cette dernière situation mérite d'être rapprochée de celle créée par l'enclave. L'article 682 porte, en effet, que le propriétaire enclavé peut réclamer un passage sur le fonds de ses voisins.

42. — Dans une première opinion [1], on admet que l'enclave produirait, indépendamment de toute manifestation privée, une véritable servitude. En faveur de cette opinion, on invoque la Coutume de Malines [2], décidant que

1. Laurent, *Principes de droit civil*, tome VIII, 2e édition, no 102. Aubry et Rau, t. III, p. 31 et note 29. Delvincourt, I, p. 391. Marcadé sur l'art. 632, no 2. — Demolombe, XII, 624.

2. Voir Pasicrisie, 1859, I, p. 310. Conclusions du premier avocat général Faider.

le fonds enclavé doit avoir une issue, et on cite Coquille[1] déclarant que l'enclave permet de prendre passage par l'héritage voisin; on ajoute que cette opinion est conforme à l'esprit de la loi, puisque Berlier[2], dans l'exposé des motifs, s'exprimait ainsi : « Celui, qui prend le passage, doit en user de la manière, qui portera le moins de dommages à l'autre », ce qui implique nécessairement que le droit existe indépendamment de toute convention.

43. — Un second système[3] soutient que le fait seul de l'enclave ne suffit pas pour créer un droit réel de servitude de passage. D'après ce second système, les termes de l'article 682 seraient formels : « le propriétaire *peut* réclamer le passage ». Le droit de passage n'existe donc pas par le seul fait de l'enclave, le propriétaire enclavé a simplement la faculté de l'acquérir. C'était l'avis de Bourjon[4],

1. Guy Coquille, *Instit. du dr. fr.*, dernier alinéa du chap. des Servitudes réelles dit que l'enclave : « permet prendre passage par l'héritage du voisin ».

2. *Exposé des motifs*, n° 16. Locré, t. IV, p. 182, n° 16. Voir également Pasicrisie, 1859, I, p. 310, conclusions de l'avocat général Faider.

3. Dans Baudry, *Précis de droit civil*, Des Biens, éd. de 1896, n° 1050, on lit : « La loi ne crée pas, à vrai dire, la servitude, elle ouvre un droit à « la servitude, la faculté d'en réclamer l'établissement ». Cass., 10 juillet 1821. Dalloz, *Rép.*, Servitude, n° 886, note 6, p. 236, col. 2 : « Attendu qu'il s'agit dans la cause d'une servitude de passage nécessaire « dont, aux termes de l'art. 682 C. civ., les fonds environnants peuvent être grevés malgré la propriétaire, en l'indemnisant; que cette « espèce de servitude a toujours pu, ainsi que le reconnaît l'arrêt « attaqué, s'acquérir par la possession ». Voir les arrêts cités à la suite, notamment arrêt de cass. du 16 février 1835, Dalloz, *Rép.*, Servitude, p. 237.

4. Bourjon, *le Droit commun de la France*, t. II, p. 9, livre IV, titre I, partie II, chap. I, n° 1.

qui, dans son ouvrage du droit commun de la France, dit que le propriétaire enclavé a action pour obliger le voisin à livrer passage, et que dans ce cas « il y a vente forcée ».

44. — Ces différentes opinions font l'objet de nombreuses variantes.

Il convient, avant de prendre parti dans ce débat, de se souvenir que les avantages, procurés par une servitude au propriétaire du fonds dominant, limitent les droits du propriétaire du fonds servant, et que, s'il s'agit d'une servitude légale, le propriétaire servant supporte cette limitation contre son gré ; aussi on ne reconnaîtra l'existence d'une servitude légale qu'après s'être livré à un examen attentif, qui permettra de s'assurer, que toutes les conditions, exigées pour la constitution des droits réels de servitude, se trouvent réunies.

45. — On a exposé que les servitudes, envisagées comme droits réels, constituent un rapport déterminé entre deux fonds, et qu'il y a autant de servitudes différentes que de rapports différents. Toute constitution de servitude implique : 1° la détermination des fonds servant et dominant, et 2° la fixation de l'assiette et du mode de la servitude. La servitude légale de passage existerait par le seul fait de l'enclave, si la loi avait satisfait elle-même à cette double condition. En est-il ainsi ?

46. — Laurent [1], avant la loi de 1881, a répondu affir-

1. Laurent, *Principes de droit civil*, 2e édit., t. VIII, n° 102, p. 131, s'exprime ainsi : « Elle (la servitude légale de passage) pèse sur tous « les fonds voisins et c'est toujours le fonds auquel elle est le moins « dommageable qui doit la supporter... (p. 132). C'est aussi la loi qui « règle le mode de l'exercer ».

mativement. D'après lui, tous les fonds voisins du fonds enclavé seraient grevés de la servitude de passage, dont l'assiette et le mode d'exercice seraient fixés par la loi.

Cette opinion aboutit à des conséquences excessives. On multiplie sans utilité le nombre de certaines servitudes discontinues (ou non apparentes) que les particuliers ignoreront souvent jusqu'à leur exercice, on ne tient aucun compte des convenances personnelles, on refuse tout effet à un long usage, enfin on court au-devant de grosses difficultés pratiques sur le point de départ de la servitude et sur son étendue. Laurent, il est vrai, n'a pas à envisager cette dernière objection, puisqu'il admet que l'assiette et le mode de la servitude sont des accessoires du droit et peuvent varier avec les circonstances [1], et que le droit lui-même disparaît lorsque l'enclave cesse [2].

47. — Cette opinion, qui se heurte au principe même de la servitude, rapport stable entre deux fonds, se trouve condamnée par la nouvelle loi de 1881, décidant que la possession trentenaire en cas d'enclave détermine le mode et l'assiette de la servitude, ce qui suppose que la loi ne fixe pas elle-même le mode et l'assiette de la servitude.

48. — D'après une opinion assez généralement admise

1. Laurent, *Principes de droit civil français*, tome VIII, n° 192, et Lyon, 28 juin 1833, Dalloz, *Rép.*, Servitude, n. 892.

2. A l'appui de l'opinion qui admet la disparition de la servitude avec la cessation de l'enclave, voir notamment Paris, 20 novembre 1865. S. 66. 2. 4. Aubry et Rau, III, § 243, p. 32. Laurent, VIII, n. 110 et s. Demante, II, n° 539 *bis* II. *Contrà* : jurisprudence actuelle de la Cour de cassation. Voir également Grenoble, 1er août 1861. S. 61. 1. 945. Grenoble, 24 novembre 1880. S. 81. 1. 222. Bourges, 13 janvier 1873. S. 73. 2. 183. V. dans le même sens Demolombe, XII, nos 642 et 643 ; Duranton, V, n° 435.

avant 1881 par la jurisprudence [1] et la doctrine [2], non seulement la loi n'aurait pas fixé le mode et l'assiette de la servitude légale de passage, mais encore elle aurait laissé à l'initiative privée le soin de déterminer le fonds servant.

49. — La loi de 1881, dans le cas particulier où l'enclave provient de la division d'un fonds, détermine le fonds servant sans contestation possible. Et on doit se demander si cette détermination du fonds servant n'est faite par le Code que dans le cas spécialement prévu par l'article 684 (nouvelle rédaction), ou bien, au contraire, si cet article déroge à une règle générale sur la détermination du fonds servant, de telle sorte qu'en principe le soin de fixer le mode et l'assiette de la servitude serait seul laissé à l'initiative privée.

I. — Bourjon nous explique que, dans notre ancien droit, si le passage pouvait être pris sur plusieurs fonds appartenant à des propriétaires différents, le Châtelet de Paris tranchait la difficulté suivant une règle inflexible. « La contestation entre ces voisins pour savoir qui four-
« nira le passage se détermine par la plus petite étendue ;
« c'est cette étendue, qui doit servir de règle, elle est con-
« venable entre les intéressés et conforme même au bien
« public, puisqu'elle ménage le terrain. De là suit que le
« passage doit se prendre du côté où le trajet est moins
« grand à partir de l'héritage entouré jusqu'à la voie pu-

1. Cass. 29 décembre 1847. D. 48. 1. 204. — Bordeaux, 15 janvier 1835. S. 36. 2. 234. Bourges, 9 mars 1858. S. 58. 2. 670. D. 59. 2. 38.

2. Aubry et Rau, III, § 243, p. 29. Demolombe, XII, n° 618. Laurent, VIII, n° 93.

« blique ; outre ce, le passage doit être limité dans l'en-« droit le moins incommode à celui qui le livre [1]. » En d'autres termes, on admettait, dans notre ancien droit, que le fonds servant était déterminé sans contestation possible, mais qu'il n'en était pas de même de l'étendue du droit le grevant ; aussi Bourjon avait raison de décider que le propriétaire enclavé avait action pour réclamer passage, reconnaissant ainsi que cette servitude n'existait pas de plein droit.

Cette solution donnée par Bourjon s'impose-t-elle sous l'empire de notre législation?

II. Pour répondre, il faut se rappeler que l'article 683 (rédaction de 1881) ainsi conçu : *Le passage doit régulièrement être pris du côte où le trajet est le plus court du fonds enclavé à la voie publique. Néanmoins il doit être fixé dans l'endroit le moins dommageable à celui sur le fonds duquel il est accordé*, se compose de deux alinéas qui sont la reproduction littérale des articles 683 et 684 (ancienne rédaction).

On pourrait soutenir qu'en réunissant dans un seul article des dispositions autrefois distinctes, le législateur de 1881 a consacré cette tendance de la doctrine et de la jurisprudence, qui considérait que le droit réel de passage pouvait s'acquérir en cas d'enclave par la possession trentenaire. Mais il est préférable d'attacher un autre sens au silence gardé par le législateur sur l'acquisition du droit de servitude, surtout si on considère que, pour consacrer

1. Bourjon, t. II, 2e partie, des Servitudes, chap. I, art. 1, 2, 3, 4, p. 9 et 10.

le système qui était adopté par la jurisprudence et la doctrine, il eût suffi de dire que la servitude de passage pourrait s'acquérir par trente ans d'usage.

III. — Si le législateur se fût exprimé ainsi, on soutiendrait utilement que l'article 695 apporte une exception à l'article 691, d'après lequel la possession trentenaire n'est pas reconnue comme un mode d'acquisition des servitudes discontinues ou non apparentes ; mais on devrait considérer cette exception comme illogique. Si les servitudes discontinues ou non apparentes ne peuvent s'acquérir par la possession, c'est que pour elles rien n'assure, rien ne fait présumer légalement que le propriétaire voisin ait une suffisante connaissance d'actes souvent équivoques. Tel est du moins le motif qu'en a donné Berlier [1]. Or l'enclave, en permettant de réclamer passage, ne soustrait pas les faits de passage exercés par le propriétaire du fonds enclavé à la présomption de tolérance ; l'enclave n'ajoute rien à la difficulté qu'un propriétaire peut avoir pour connaître et apprécier les faits de passage qui s'accomplissent sur son fonds.

Du reste, pour trancher cette question, on doit s'inspirer du droit coutumier, dont l'esprit domine toute la partie de notre droit qui traite des servitudes. Or, sous l'empire des Coutumes, le droit de passage, en cas d'enclave, était admis comme il l'est aujourd'hui ; mais, en général, on ne pouvait l'acquérir par prescription, ainsi que les cours de Poitiers [2]

1. Trav. prép. Fenet, XI, éd. 1836, p. 312, n° 619.

2. Poitiers, 28 juin 1825. D *Rép.* Servitudes, note 2, sous le n° 884, p. 236.

et d'Orléans [1] l'ont décidé pour les Coutumes de Paris et d'Orléans.

Actuellement, de même que dans notre ancien droit, l'usage trentenaire ne fait pas acquérir une servitude de passage, même en cas d'enclave ; seulement notre législateur reconnaît que l'obligation de constituer passage en cas d'enclave est susceptible d'être exécutée tacitement. L'usage trentenaire équivaut à une exécution volontaire et expresse ; mais, isolé de l'obligation qui lui sert de fondement, il n'a aucune force juridique. L'obligation qui résulte de l'enclave ; tel est le fondement de la servitude de passage, qui prend naissance, comme droit réel, lors de l'exécution de l'obligation par la fixation de l'assiette et du mode de la servitude.

50. — Cette idée d'obligation légale explique les effets produits, en cas d'enclave, par un usage trentenaire. En outre, elle permet d'établir une convention amiable ou de rendre une décision judiciaire dans des cas où, sans elle, malgré l'intérêt public, ces opérations seraient impossibles. A ce point de vue, elle permet de constituer un droit réel de passage, pour cause d'enclave, sur un fonds dont le propriétaire est frappé d'une incapacité d'aliéner, et elle conserve le caractère déclaratif de droits à la décision de justice, qui fixe l'assiette et le mode d'une servitude légale de passage.

51. — En effet, lorsqu'il s'agit d'exécuter une obligation, dont il est légalement tenu, la capacité du débiteur n'est

1. Orléans. 22 juillet 1835. D. *Rép.* Servitudes, note 1, sous le n° 884, p. 236.

plus en question. Qu'on suppose, par exemple, que le fonds, sur lequel le passage est réclamé est un fonds dotal. En principe, aucune aliénation n'en peut être consentie. Cependant, si le propriétaire du fonds enclavé réclame passage, est-ce que le fonds dotal sera susceptible d'être grevé d'un droit réel de servitude ?

L'inaliénabilité des immeubles dotaux ne met pas ces biens hors du commerce, elle ne les rend pas indisponibles ; la femme dotale est simplement frappée d'une incapacité spéciale d'aliéner. Si bien que les obligations qu'elle a contractées avant son mariage peuvent s'exécuter sur les immeubles dotaux ; si notamment la femme consent avant son mariage une obligation de livrer passage sur l'un de ses immeubles, elle ne pourra se soustraire à l'exécution de son obligation en adoptant le régime dotal.

A plus forte raison, doit-il en être ainsi lorsqu'il s'agit de l'exécution d'une obligation légale. Il ne peut plus être question de la capacité de la femme ; par suite, les immeubles dotaux sont susceptibles d'être aliénés ou grevés de droits réels. Seulement la justice interviendra utilement dans ce cas pour constater, même en l'absence de conclusions des parties, la nécessité de l'aliénation partielle des immeubles dotaux.

L'exemple, tiré de l'hypothèse de la dotalité, indique comment l'idée d'obligation légale résoud toutes les questions relatives à la capacité.

52. — En outre, cette idée explique et limite l'intervention de la justice en cas de désaccord entre le propriétaire enclavé et les propriétaires voisins.

Les décisions de justice ne sont pas constitutives de droits. Et ce principe ne souffre pas d'exception; même pour cause d'enclave, les tribunaux et les cours ne peuvent constituer un droit réel de servitude de passage. Ils ne doivent, en principe, lorsque le fait de l'enclave est établi, reconnaître l'existence du droit réel de passage que si la détermination de l'assiette et du mode de la servitude est démontrée. Si cette détermination n'a pas été faite, les tribunaux et les cours constateront que l'existence de l'enclave entraîne pour tel propriétaire obligation de livrer un passage ; mais peuvent-ils et doivent-ils faire plus ? On dit parfois, qu'il est de toute nécessité de permettre aux tribunaux non pas seulement de déclarer l'existence d'un droit d'obligation, mais encore de créer un droit réel de passage au profit du fonds enclavé.

Tel n'est pas notre avis ; en effet, les tribunaux dans leurs jugements sont fondés à prononcer une condamnation à tels dommages-intérêts pour chaque jour de retard apporté à l'exécution d'une obligation. Et la contrainte qui résulte de cette condamnation est suffisante pour assurer une prompte exécution de la part des propriétaires récalcitrants. Du reste, si, dans un titre conventionnel, le débiteur se réserve la faculté de déterminer l'assiette et le mode de la servitude, et se refuse ensuite à cette détermination, le créancier ne peut obtenir de la justice qu'une condamnation à des dommages-intérêts, qui obligera sans doute le débiteur à exécuter sa promesse. La situation, que crée l'enclave, est identique, elle comporte même solution.

Mais il est à remarquer que la théorie, qu'on expose, n'interdit pas expressément à une décision de justice de déclarer l'existence d'un droit réel de passage, pour cause d'enclave, même s'il n'y a pas eu antérieurement détermination de l'assiette et du mode de la servitude.

L'esprit de l'article 682 semble même confier aux tribunaux, en cas de désaccord des parties, la mission de fixer l'assiette et le mode de la servitude suivant les principes contenus dans l'article 683. Dans ce cas, la décision judiciaire ne servirait pas de fondement à la servitude, mais simplement déterminerait l'étendue du droit réel que l'enclave oblige à constituer. Elle fixerait un des éléments de la constitution de la servitude, et rien ne s'opposant plus, après cette réglementation, à ce que la constitution se fasse immédiatement, un jugement pourrait décider qu'une obligation de constituer un droit de passage est imposée à tel fonds, puis déclarer que le fonds servant doit souffrir le passage suivant telle assiette et tel mode, et que cette détermination emporte comme conséquence constitution de la servitude.

N'est-ce pas ce qui se passerait, si un titre conventionnel avait réservé à tous les constituants (propriétaires servant et dominant) la détermination de l'étendue du droit à établir et avait remis aux tribunaux le soin de cette détermination en cas de désaccord des parties ?

53. — Les textes de notre Code civil fournissent un argument en faveur de l'opinion qui soutient que le droit réel de passage, dans la servitude légale de passage comme dans la servitude conventionnelle, a pour fondement une obligation. Qu'on lise, en effet, les articles 639-651-1370.

De ces textes il résulte que la loi assujettit les propriétaires à différentes obligations les uns à l'égard des autres, indépendamment de toutes conventions. C'est ce qu'enseignait Pothier, qui considérait les servitudes légales comme dérivant du quasi-contrat de voisinage.

54. — Des observations qui précèdent, on peut conclure que toute constitution d'un droit réel de servitude de passage suppose un fait juridique, produisant un droit d'obligation; ce fait juridique est le titre de la servitude. Le titre du droit de passage a des caractères différents, suivant qu'on envisage la servitude légale ou suivant qu'il s'agit, au contraire, de la servitude conventionnelle ; c'est à ce point de vue qu'on examinera désormais la servitude légale et la servitude conventionnelle.

55. — 1re *Différence*. Tandis que la servitude conventionnelle a pour titre soit un contrat, soit un quasi-contrat (testament), la servitude légale de passage ne peut avoir pour titre qu'un quasi-contrat produit par le voisinage d'un fonds enclavé.

56. — 2e *Différence*. Les dispositions de notre Code qui étaient relatives à l'enclave ont été modifiées par la loi du 20 août 1881. Et le nouvel article 682 est ainsi conçu : *Le propriétaire dont les fonds sont enclavés et qui n'a sur la voie publique aucune issue, ou qu'une issue insuffisante pour l'exploitation, soit agricole, soit industrielle de sa propriété, peut réclamer un passage sur les fonds de ses voisins, à la charge d'une indemnité proportionnée au dommage qu'il peut occasionner*. Suivant la tendance de la jurisprudence et de la doctrine antérieures à la loi du 20 août

1881, ce texte déclare enclavés non seulement les fonds, qui n'ont aucune issue sur la voie publique, mais encore ceux, qui n'ont qu'une issue insuffisante pour leur exploitation. Toutefois, il faut remarquer que le passage, accordé par la loi, ne peut être qu'un *passage de nécessité*, tandis que, par conventions et testament, peut être constitué un passage *simplement utile*.

57. — *3e Différence*. Qu'il n'y ait aucune issue ou que l'issue soit insuffisante, peu importe, l'obligation de livrer passage existe, si bien qu'après avoir obtenu au profit d'un fonds enclavé un passage, qui est devenu ensuite insuffisant, on peut obtenir un passage plus étendu. En d'autres termes, l'obligation de livrer passage ne disparaît qu'avec l'enclave. Aussi dit-on communément que le droit de réclamer passage pour cause d'enclave est imprescriptible.

Pour le soutenir, on invoque l'article 2232 ainsi conçu : *Les actes de pure faculté et ceux de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription.* L'argument qu'on tire de l'art. 2232, en faveur de l'imprescriptibilité du droit de réclamer passage, doit être repoussé.

L'acte de pure faculté n'intéresse que celui qui l'accomplit. Il s'exerce, en effet, sur la propre chose ou sur la personne de celui qui agit. C'est un pur fait, dont les tiers sont complètement désintéressés ; aussi ne se traduisant jamais par une action, il n'est pas susceptible de se prescrire ; la prescription et l'action supposent des intérêts opposés. Qu'un propriétaire passe ou s'abstienne de passer sur son fonds pendant un très long laps de

temps, sa situation n'est en rien modifiée : ce sont là des actes de pure faculté. Pour que le droit de passer disparaisse, il ne suffit pas toujours d'une simple abstention, il faut que cette abstention profite à un fonds ou à une personne.

Mais lorsqu'on passe sur le fonds d'un voisin, les faits de passage ne sont plus de purs faits. Accomplis sur un fonds n'appartenant pas à celui qui agit, ils portent atteinte au droit du propriétaire du fonds sur lequel ils sont accomplis ; ils soulèvent un conflit d'intérêts, soit qu'ils constituent l'exercice d'une servitude déjà établie, soit qu'ils aient simplement le caractère d'une possession.

L'existence d'une servitude de passage porte atteinte à la liberté du fonds servant. L'exercice du droit du propriétaire dominant limite l'exercice des droits du propriétaire servant ; en conséquence, l'exercice ou le non usage de la servitude intéresse le propriétaire du fonds servant ; si pendant un long laps de temps le propriétaire dominant n'a accompli aucun fait de passage et n'a pas exercé l'action, qui était attachée à son droit, il y a une présomption qu'il a renoncé à un droit qui lui était inutile, et la présomption de renonciation peut être invoquée par le propriétaire servant, à qui elle profite, ainsi que lui profite le non-usage de la servitude. La prescription s'opère ; le fonds dominant perd son droit ; le fonds servant recouvre sa liberté.

Par suite, si l'usage trentenaire ne fait pas, en principe, acquérir la servitude de passage, qui cependant s'éteint par le non-usage, ce n'est pas que les faits de passage, accomplis en dehors de tout droit de servitude sur un

fonds dont on n'est pas propriétaire, soient des actes de pure faculté ; en effet, ils interviennent au milieu d'intérêts opposés; seulement cette opposition d'intérêts n'est pas suffisamment accusée à l'égard du propriétaire servant, et les faits de passage sont considérés comme des actes de tolérance qui, aux termes de l'article 2232, ne peuvent fonder ni possession ni prescription.

58. — Lorsqu'on envisage le droit de réclamer passage pour cause d'enclave, on ne peut le classer parmi les actes que l'article 2232 déclare imprescriptibles.

Très certainement, ce n'est pas un acte de tolérance et ce n'est pas davantage un acte de pure faculté, puisqu'il se traduit par une action, prescriptible comme toutes les autres actions. Ce n'est pas à dire que le droit de réclamer passage pour cause d'enclave ne pourra plus être exercé lorsque l'enclave aura duré pendant le laps de temps le plus long pour la prescription des actions.

A ce point de vue, la situation du propriétaire enclavé peut être comparée à celle du communiste. « Nul ne peut être contraint de demeurer dans l'indivision », porte l'article 815. La demande en partage ne constitue pas un acte de pure faculté: au premier chef elle suppose un conflit d'intérêts. Si le droit de demander partage subsiste tant que dure l'indivision, c'est que ce droit, produit par un quasi-contrat de voisinage, renaît en quelque sorte sans cesse tant que dure l'état d'indivision, qui produit le quasi-contrat, et n'offre ainsi aucun point de départ pour la prescription ; en d'autres termes, tant que dure son titre, le droit se vivifie sans interruption; et lorsque

le titre disparaît par la cessation de l'indivision, le droit de réclamer partage disparaît faute d'objet.

Il en est de même du droit de réclamer passage en cas d'enclave. L'enclave cessant, le droit disparaît ; il n'a plus d'objet, le passage qui serait accordé n'étant plus un passage de nécessité. Mais aussi longtemps que l'enclave subsiste, le titre développe ses effets ; chaque jour voit le droit du propriétaire enclavé reprendre une nouvelle force et la prescription reculer.

On trouve une situation à peu près identique dans le Code pénal, où la prescription ne court pour les délits continus que du jour où le délit cesse.

59. — C'est là une autre différence importante entre le titre légal, qui en quelque sorte à jet continu produit une obligation, et le titre conventionnel, qui après avoir produit une obligation, n'a plus en principe aucune force. En cas d'enclave, l'existence de l'obligation se trouve liée à celle du titre.

Au contraire, le droit de réclamer passage, produit par un contrat ou un testament, est indépendant. — Dans le titre conventionnel, le sort du droit d'obligation, qui se convertira en droit réel de servitude, n'est pas lié à celui du titre. En effet, les contrats supposent un concours de volontés qui la plupart du temps est éphémère. Mais il suffit qu'un seul instant les volontés se soient rencontrées, pour que le contrat ait produit des effets [1], pour qu'il ait

1. Baudry, *Traité théorique et pratique du droit civil :* Des biens, édit. 1896, n° 1050, p. 760. « C'est là un phénomène juridique assez « fréquent : il arrive souvent que des causes mobiles et périssables « produisent des effets permanents et invariables. »

engendré des droits et des obligations dont l'évolution est distincte de celle du titre ; ces droits et obligations sont susceptibles de se prescrire du jour où le titre a disparu : s'il s'agit d'un contrat, ce sera du jour où le concours des volontés n'existera plus ; s'il s'agit d'un testament, ce sera du jour du decès du testateur.

60. — 4° *Différence.* L'observation, qui vient d'être présentée repose sur la durée des effets du titre — il reste à signaler une dernière différence entre le titre de la servitude légale et celui de la servitude conventionnelle, relativement au moment où ces titres développent leurs effets.

Généralement le contrat ou le testament détermine l'étendue du droit de passage, qui se trouve ainsi constitué en droit réel, aussitôt qu'il est dû comme droit d'obligation, tandis qu'au contraire le quasi-contrat de voisinage résultant de l'enclave ne détermine pas le passage qu'il permet de réclamer — et la constitution de la servitude légale ne s'opère pas aussitôt que le titre existe.

DEUXIÈME PARTIE

DE L'ASSIETTE

CHAPITRE I

DE LA DÉTERMINATION DE L'ASSIETTE.

61. — La détermination de l'assiette du passage, laissée à l'initiative privée, soulève de nombreuses difficultés, sur lesquelles il convient tout d'abord de présenter quelques observations générales.

62. — I. La détermination des limites d'un droit de servitude n'exige pas les expressions formelles, qui sont nécessaires lorsqu'il s'agit du fondement même de cette servitude. En effet, si l'obligation de constituer un droit de servitude et spécialement un droit de passage n'est pas accueillie avec faveur, c'est qu'elle doit entraîner une restriction à la liberté d'un fonds. Mais, lorsque cette obligation existe, il n'y a pas de raison pour entraver son évolution qu'on doit au contraire favoriser. Aussi, le titre de la servitude de passage prouvé ou reconnu, dans le doute on admettra qu'il y a eu détermination de l'assiette

du passage, puisque c'est là un élément constitutif et essentiel de l'exécution imposée par le titre.

63. — II. Il est à remarquer que si le fait même de la détermination de l'assiette doit être facilement admis parce qu'il constitue un élément de l'exécution de l'obligation imposée par le titre, il convient d'appliquer le principe de liberté des fonds lorsqu'il s'agit de préciser l'étendue de la servitude. Loin de suivre la règle de Dumoulin : *Servitus non præsumitur limitata* [1], on doit présumer la liberté des fonds [2] aussi bien, s'il s'agit de se prononcer sur l'étendue d'une servitude que s'il s'agit de reconnaître l'existence même de cette servitude [3]. Du reste, lorsqu'un doute plane sur l'assiette d'un droit de passage, rien n'autorise à supposer que l'intention du propriétaire du fonds servant a été d'assujettir tout son fonds à un droit qui ne demandait qu'un espace très restreint pour s'exercer. Et tout porte à croire au contraire que le propriétaire n'a consenti à grever son fonds que dans les limites strictement nécessaires aux besoins du fonds dominant.

64. — III. Dans tous les cas, lorsqu'une contestation s'élève, il est juste de prendre en grande considération la possession : c'est là, en effet, l'expression la plus certaine de l'intention des parties, surtout lorsque cette possession

1. Dumoulin, *De dividuo et individuo*, part. III, n° 83.

2. Toullier, t. II, p. 303, n° 6, § 4 : « Comme les servitudes dérogent à la liberté naturelle, on doit les restreindre à ce qui se trouve précisément nécessaire pour le besoin des fonds auxquels elles sont dues, et il faut en diminuer l'incommodité autant qu'il est possible. » Telle était l'opinion de Domat, livre I, titre XII, section I, no 9.

3. Paris, 4 juin 1872. Dalloz, p. 74, 5, 455.

s'est prolongée pendant un certain nombre d'années sans contradiction [1].

65. — En résumé, lorsque l'obligation de constituer une servitude de passage n'est pas douteuse, on doit admettre assez aisément que tous les éléments constitutifs de ce droit réel se trouvent réunis ; mais si une contestation s'élève sur l'étendue de la servitude, elle doit être tranchée en présumant la liberté du fonds servant.

66. — Sous le bénéfice de ces observations générales, si le titre même de la servitude établit en termes précis quelle sera son assiette, aucune difficulté ne s'élève ; mais il se présente d'autres hypothèses qu'il convient d'examiner.

1re *Hypothèse.* — Les indications que le titre contient sur la direction et la largeur du passage sont incomplètes, bien qu'il n'y ait aucun doute sur l'existence de l'obligation de constituer passage et sur l'intention des parties d'exécuter immédiatement cette obligation.

Dans ce cas, on doit s'appuyer sur les indications contenues dans le titre, pour décider qu'il y a eu détermination de l'assiette du passage, et la possession est alors opérante pour préciser les limites du lieu assigné imparfaitement par le titre. Il s'agit, en effet, non plus d'acquérir par la possession un droit non susceptible de s'acquérir par ce mode, mais bien de déterminer l'étendue d'un droit existant.

1. Pardessus, t. II, n° 286 et n° 312. Demolombe, *Services fonciers*, t. II, p. 392.

Du reste, la possession, ne constituant pas ici un mode d'acquisition ou de libération, mais servant à interpréter une volonté imparfaitement manifestée, pourrait être remplacée par de simples indices.

2e *Hypothèse.* — Les parties ont fixé dans le titre le mode suivant lequel serait déterminée ultérieurement l'assiette du passage.

Cette hypothèse ne soulève aucune difficulté si les conventions contenues dans le titre sont exécutées ; mais il y a lieu de rechercher comment se fixe l'assiette du passage, lorsque ces conventions ne sont pas exécutées.

Par exemple, c'est le propriétaire du fonds servant qui, après s'être réservé d'indiquer la direction et la largeur du passage, s'y refuse, ou bien c'est le tiers choisi par les parties pour fixer l'assiette du passage, qui n'accepte pas cette mission ou qui se trouve dans l'impossibilité de l'accomplir.

On a déjà dit que si le propriétaire du fonds servant n'accomplissait pas sa promesse de fixer l'assiette du passage, l'exécution de l'obligation de constituer passage n'aurait pas lieu, et par suite le droit réel de passage ne prendrait pas naissance. Dans ce cas, il pourrait tout au plus intervenir une décision judiciaire portant condamnation à des dommages-intérêts proportionnels au retard apporté par le propriétaire récalcitrant, qui céderait, sans doute devant une telle contrainte.

On doit donner la même solution dans le cas, où, la direction du passage ayant été laissée à l'arbitrage d'un tiers, ce tiers se trouve dans l'impossibilité d'accomplir sa mission ou s'y refuse ; le droit réel de passage ne peut

prendre naissance que par la réalisation des conditions imposées à l'exécution de l'obligation de constituer la servitude. C'est là une solution analogue à celle, qui est adoptée, lorsque, dans une vente, on a laissé à un tiers le soin de fixer le prix de la chose vendue. Cette vente est nulle si l'arbitre ne peut ou ne veut fixer le prix.

Ces exemples viennent d'être donnés surtout pour montrer l'importance des conventions intervenues. Il est nécessaire qu'elles soient exécutées pour que le droit d'obligation résultant du titre se convertisse en un droit réel.

Dans tous les cas, on doit s'inspirer de l'intention des parties et, s'il est établi que les parties ont eu en vue principalement la constitution d'une servitude de passage et n'ont attaché qu'une importance secondaire au mode de réglementation qu'elles ont prévu, on décidera, si le mode prévu n'est pas susceptible de s'appliquer, qu'il y a lieu de procéder comme si le titre gardait un silence absolu sur la réglementation de la servitude de passage.

3e *Hypothèse.* — Le titre garde le silence sur l'assiette du passage, ou ne porte que des indications insuffisantes.

Dans ce cas, à qui appartient le soin de déterminer la direction du passage? Nos anciens auteurs n'étaient pas d'accord. Dumoulin [1] soutenait que le choix de la direction du passage appartenait toujours au propriétaire servant. Mais Lalaure [2] ne partageait pas l'opinion de Dumoulin et prétendait au contraire que la direction du

1. *De div. et indiv.*, part. III, n° 87.
2. Lalaure, *Servitudes*, livre I, chap. XI.

passage appartenait au propriétaire du fonds dominant, sous l'obligation, toutefois, de fixer cette direction de la façon la moins dommageable.

Sous l'empire de notre Code, il semble préférable de repousser la théorie de Dumoulin et celle de Lalaure et de résoudre la difficulté par une solution déjà donnée sur l'interprétation des articles 684 et suivants.

On a admis que l'article 684 autorisait les tribunaux, en cas de désaccord des parties, à fixer l'assiette de la servitude légale de passage à l'endroit le moins dommageable pour le fonds servant.

Pardessus [1] et Demolombe [2] donnent cette solution, non seulement dans le cas d'enclave, mais encore lorsque le titre conventionnel ne fixe pas la direction du passage. Cette solution mérite d'être adoptée, elle établit une nouvelle analogie de la servitude légale et de la servitude conventionnelle, et nous invite à rechercher si les différents modes employés en cas d'enclave pour déterminer l'assiette du passage ne trouvent pas leur application toutes les fois que la servitude de passage est due en vertu d'un titre conventionnel ne fixant pas l'assiette du droit réel à constituer.

On a dit que les tribunaux et les cours ne doivent intervenir en cas d'enclave pour fixer l'assiette du passage que s'il y a désaccord entre les parties, et qu'ils doivent, dans ce cas, fixer l'assiette de la servitude de la façon la moins

1. Pardessus, *Traité des servitudes ou services fonciers*, édit. de 1838, tome II, p. 147, n° 61.

2. Demolombe, *Traité des servitudes*, tome II, édition de 1855, vol. II, p. 366, n° 843.

dommageable pour le fonds servant. La décision judiciaire remplace une exécution volontaire de l'obligation imposée par l'article 682. Mais il est évident qu'une exécution volontaire même tacite est préférable à cette exécution forcée. Elle répond mieux aux droits et aux convenances des parties. Aussi l'article 685, prévoyant le cas, où la justice n'aura pas encore été appelée à intervenir, décide que le mode et l'assiette de la servitude légale de passage se déterminent par un usage trentenaire. Pourquoi n'en serait-il pas de même pour la servitude conventionnelle, lorsque le titre a gardé le silence sur la détermination de l'assiette du passage ou ne le réglemente pas d'une façon suffisante ? Qu'il s'agisse d'une servitude conventionnelle ou d'une servitude légale, la situation est identique : il y a obligation de constituer passage et il ne serait pas logique de décider que l'exécution de l'obligation, due à raison de l'enclave, fût judiciaire ou amiable, expresse ou tacite, si l'obligation conventionnelle ne pouvait être qu'amiable ou expresse.

En vain, pour combattre cette opinion, dirait-on : aucun texte ne permet, en cas de servitude conventionnelle, de passage, de faire produire à l'usage trentenaire les effets qu'on y veut attacher. On est fondé à répondre qu'avant la loi de 1881, la jurisprudence et la doctrine étaient presque unanimes pour donner, en cas d'enclave, malgré le silence des textes, la solution que contient actuellement le nouvel article 684. On peut ajouter que, si pendant trente ans on a exercé un droit d'une certaine façon, on n'est plus fondé, après ce laps de temps, à prétendre que cet exercice n'est pas conforme à l'obligation et à deman-

der en conséquence qu'un changement y soit apporté. C'est du reste la raison pour laquelle, bien longtemps avant la loi de 1881, on adoptait la solution que consacre le nouvel article 684, qui est susceptible de se traduire ainsi : Si le propriétaire, enclavé depuis trente ans, est passé, suivant une assiette déterminée, le propriétaire tenu de constituer passage n'a plus le droit de prétendre que l'exécution n'a pas été conforme à son obligation, de telle sorte que le droit réel de passage est définitivement constitué, sans pour cela être acquis par prescription. De même, lorsque les parties ne fixent pas amiablement l'assiette de la servitude conventionnelle de passage, ce n'est pas l'usage trentenaire qui fait acquérir le droit réel de passage, mais il fixe d'une façon indiscutable un des éléments de la constitution de cette servitude.

En résumé, la détermination de l'assiette de la servitude de passage est toujours susceptible d'être amiable ou judiciaire, expresse ou tacite.

Mais, s'il s'agit d'un droit de passage, dont le titre est conventionnel, la détermination de l'assiette peut être concomitante ou postérieure au titre.

CHAPITRE II

EFFETS DE CETTE DÉTERMINATION.

67. — Lorsque tous les éléments de la constitution de la servitude sont réunis et que notamment une assignation de lieu a été fixée pour l'exercice de la servitude, le droit d'obligation produit par le titre disparaît et est remplacé par un droit réel.

Le droit d'exercer la servitude et l'obligation de la supporter sont dès lors attachés à la qualité de propriétaire des fonds dominant et servant. Et de là il résulte notamment ces conséquences importantes : impossibilité pour le propriétaire dominant de transmettre la servitude isolée de l'héritage à qui elle est due ; faculté pour le propriétaire servant de se soustraire à ses obligations en abandonnant le fonds grevé.

On a montré précédemment le rôle de la détermination de l'assiette dans la constitution du droit réel de passage. On recherchera maintenant les effets de cette détermination relativement à l'évolution de la servitude.

68. — 1° *Obligations du propriétaire du fonds dominant.* Aux termes de l'article 702, celui qui a un droit de servitude ne peut en user que suivant son titre.

Une fois établi, le droit réel de servitude est immuable; et c'est ce caractère d'immuabilité que traduit partiellement la disposition contenue dans l'article 702.

Il en résulte que le droit réel de passage constitué ne peut être exercé par le propriétaire dominant dans un lieu autre que celui assigné au moment de la constitution. Et, de son côté, le propriétaire du fonds servant, aux termes de l'article 701, ne peut changer l'état des lieux, ni transporter l'exercice de la servitude dans un endroit différent de celui où elle a été primitivement assignée[1]. En d'autre termes, l'assiette, qui fixe, à un certain point de vue, le rapport établi entre les fonds servant et dominant est un élément invariable de la servitude.

Elle est une limite de ce qui est dû au propriétaire du fonds dominant. Il en résulte plusieurs conséquences importantes.

69. — 1re *Conséquence*. L'assiette du passage ne peut être augmentée sans un titre réunissant toutes les conditions qui ont été exigées pour la constitution du droit lui-même. En effet, tout ce qui dépasse le droit originaire est pour le fonds servant une nouvelle charge, qui doit être constituée suivant les principes, qui ont présidé à l'établissement de la charge primordiale, sans qu'il soit nécessaire toutefois d'employer un mode de constitution identique. En fait, souvent le droit de servitude de pas-

1. Baudry, *Précis de Droit civil :* des Biens, éd. de 1896, n° 1055. Le propriétaire du fonds dominant peut, au besoin, réclamer à son profit une modification de la servitude ; au fond des choses c'est une nouvelle servitude qu'il a le droit de réclamer si les conditions de l'art. 682 existent encore.

sage conservera un caractère uniforme, et sera, pour le tout, soit conventionnel, soit légal ; mais, parfois aussi, ce sera par un titre d'une nature différente de celle du titre originaire, que s'établira un passage plus étendu que le passage primitif; la servitude aura alors un caractère mixte : elle sera, par exemple, légale jusqu'à concurrence de l'assiette primitive et conventionnelle pour le surplus.

On doit ajouter dans le même ordre d'idées que si le propriétaire dominant accomplit des faits de passage sur une étendue de terrain plus grande que celle assignée par le titre, il fait plus qu'il lui est permis ; certainement il conserve son droit, mais ne prescrit pas le surplus et pourra toujours être obligé à réduire l'usage de la servitude.

70. — 2° *Conséquence.* L'assiette du passage, en déterminant le maximum de ce que peut faire le propriétaire du fonds dominant, ne s'oppose pas à ce que ce dernier abandonne une partie des avantages, que lui procurait la servitude.

Cet abandon peut être exprès ou tacite, volontaire ou forcé. Il arrivera souvent que le propriétaire du fonds dominant ne passera que sur une partie du lieu fixé pour l'exercice du passage ; cette abstention, qu'elle soit volontaire ou forcée, ne fait pas disparaître la servitude.

Le législateur romain admettait même que la servitude était conservée tout entière par cela seul qu'on en avait joui d'une manière quelconque. Et Pothier, suivant cette règle, enseignait, dans son introduction à la Coutume d'Orléans [1], que le propriétaire du fonds dominant, quoi-

1. Dalloz, *Rép.*, Servitude, n° 1153.

qu'il n'ait fait qu'une partie de ce que son droit de servitude lui donnait le droit de faire dans le fonds servant, n'en conservait pas moins son droit dans son intégrité. (Conf. Lalaure, livre I, chap. xii ; Basnage sur l'article 607 de la Coutume de Normandie) [1]. Mais ce système ayant paru trop absolu aux rédacteurs du Code civil, ceux-ci l'ont repoussé et ont admis que le non-usage total de la servitude ayant pour conséquence son extinction partielle, si, pendant trente ans, le propriétaire dominant n'a exercé son droit que sur une partie de l'étendue qui lui était assignée, il est présumé avoir renoncé à quelques-uns des avantages que lui donnait la servitude ; le fonds servant profite de cette présomption, comme il profite de toute abstention du propriétaire du fonds dominant, et, en conséquence, il recouvre une partie de sa liberté.

71. — 3e *Conséquence* Le fonds servant peut même recouvrer sa liberté complète si pendant trente ans le droit de servitude n'a pas été exercé, ou a été exercé suivant une assiette contraire à celle qui avait été fixée.

Le propriétaire du fonds dominant, en exerçant une servitude suivant une assiette autre que celle imposée à l'exercice de son droit, perd la servitude qui lui appartenait ; en effet, il ne fait pas plus qu'il lui était permis de faire, il fait autre chose. Une assiette nouvelle suppose

1. Henry Basnage dans *la Coutume réformée du païs et duché de Normandie*, tome II, édition Maury, page 493, 1re col., s'exprime ainsi: « Il suffit aussi de retenir la servitude en partie, parce qu'elle est individue, *pro parte retineri pro altera parte omitti non potest* ; c'est assez de passer par un endroit d'un chemin ou de faire couler l'eau sur une partie de l'héritage pour conserver ces servitudes, parce que je m'en peux servir selon ma commodité et comme je le trouve à propos. »

une servitude nouvelle ; or rien n'autorise le propriétaire dominant à substituer une servitude à une autre.

Mais devra-t-on décider que, dans tous les cas, les faits de passage accomplis sur le fonds servant suivant une assiette différente de celle qui avait été primitivement fixée ne produiront aucun effet juridique ?

Demolombe [1] établit une distinction, suivant que l'assignation de lieu et de temps, déterminée pour l'exercice de la servitude est limitative ou qu'elle est au contraire purement démonstrative et réglementaire. Dans la première hypothèse, où l'assignation formerait un des éléments constitutifs et essentiels du droit lui-même, Demolombe admet que l'exercice de la servitude, sur un autre bien ou dans un autre temps que ceux fixés par le titre, supposerait une servitude nouvelle nécessitant un nouveau titre. Tandis que dans la seconde hypothèse, où l'assignation de lieu et de temps n'aurait, dans l'intention des parties, qu'un but secondaire et accessoire (régler la manière dont le droit serait exercé), le même auteur décide que la servitude n'est pas éteinte par le non-usage, par cela seul que l'assignation n'a pas été conforme à l'assignation énoncée dans le titre.

Toutefois, même parmi les auteurs, qui adoptent, la distinction faite par Demolombe, il y a désaccord sur la question des effets produits par l'exercice de la servitude sur un autre lieu ou dans un autre temps que ceux assignés par le titre d'une manière démonstrative et régle-

1. Demolombe, *Traité des servitudes,* tome II. Edition de 1855, livre II, titre IV, chap. III, n° 794, p. 305.

mentaire. Les uns prétendent que le propriétaire du fonds servant aura le droit de forcer le propriétaire du fonds dominant à revenir à l'assignation primitive ; d'autres soutiennent qu'il y aura novation obligatoire de part et d'autre dans l'assignation portée au titre. D'autres enfin accordent au propriétaire servant l'option entre trois partis : faire revenir le propriétaire dominant à l'assignation primitive ; maintenir l'assignation nouvelle, en provoquer une en dehors de celle-ci. Toutes ces solutions peuvent être aisément critiquées. Si on reconnaît que l'assignation primitive était démonstrative, il en résulte : que le propriétaire du fonds dominant n'était pas fatalement lié par cette assignation ; qu'il avait le droit par suite d'user de l'assignation, qui lui paraissait la plus convenable ; or, à l'égard de cet état de jouissance, la prescription de trente ans s'accomplit au vu et su du propriétaire de l'héritage servant, et celui-ci n'a plus le droit de se plaindre et d'imposer l'assignation primitive, qui du reste n'a existé ni dans l'intention des parties, le tribunal décidant qu'elle était démonstrative, ni en fait, ainsi que l'usage en témoigne.

Mais, sans entrer dans les détails de ce système émis par Demolombe, il convient de le repousser en rappelant le caractère et les effets du titre de la servitude. On a défini le titre comme étant le fait qui produit l'obligation de constituer passage, et on a présenté la servitude comme étant le résultat de l'exécution de l'obligation contenue dans le titre. Sans doute, cette exécution est susceptible de variantes. Mais on ne peut plus parler de variantes, lorsque le droit de servitude est constitué, puisqu'à ce

moment, l'obligation est éteinte par son exécution. Si une assignation peut être démonstrative et réglementaire, c'est au point de vue de l'exécution de l'obligation, c'est-à-dire avant la constitution de la servitude, comme droit réel; mais lorsque l'obligation aura été exécutée, aucune modification ne pourra plus intervenir. Et tout fait de passage, qui ne rentrera pas dans le domaine des faits autorisés par le droit réel supprimé originairement constitué, sera dénué de toute valeur.

Toutefois, en cas d'enclave, se présente une situation spéciale qui mérite d'être signalée. Il peut arriver qu'après avoir reçu une assignation de lieu pour l'exercice de son droit, le propriétaire enclavé passe pendant trente ans sur un lieu autre que celui assigné. Très certainement le droit originaire de passage s'éteint par non-usage; mais est-ce que, dans ce cas spécial, le propriétaire dominant n'acquiert pas un droit correspondant à celui qu'il perd ? Il semble juridique de répondre : sans doute, le droit originaire de passage, en s'éteignant, a fait réapparaître l'enclave, et, par suite, l'obligation de livrer passage s'est imposée de nouveau aux propriétaires voisins du fonds enclavé ; mais cependant un nouveau droit de passage ne se trouve pas forcément constitué. Et, en effet, ce nouveau droit de passage suppose comme l'ancien droit une obligation de livrer passage. Or, l'obligation, produite par l'enclave, et disparue par la constitution du droit originaire n'est réapparue qu'avec l'extinction de ce droit par un non-usage trentenaire ; ce n'est donc qu'à partir du jour où le droit originaire a été perdu par non-usage que les faits de passage exercés sur une assiette différente de celle

originairement établie, ont cessé d'être des faits de tolérance et peuvent avoir pour effet de déterminer l'assiette et le mode d'exercice d'un autre droit réel ; mais il faudra attendre trente années, à dater de l'extinction de la servitude primitive, pour pouvoir considérer le nouveau droit comme établi, à moins qu'un accord amiable ou une décision judiciaire ne fixe auparavant le mode d'exercice et l'assiette du nouveau droit.

72. — *Des obligations et des droits du propriétaire du fonds servant.* On a exposé que l'assiette d'une servitude déterminait, à un certain point de vue, les droits et les obligations des propriétaires des fonds servant et dominant, et que par suite on ne pouvait la modifier sans recourir aux modes qui permettent de constituer la servitude elle-même.

Une application de cette idée se trouve dans la règle posée par l'article 701 ainsi conçu : « Le propriétaire du « fonds débiteur de la servitude ne peut rien faire qui « tende à diminuer l'usage ou à le rendre plus incommode : « ainsi il ne peut changer l'état des lieux, ni transporter « l'exercice de la servitude dans un endroit différent de « celui où elle a été primitivement assignée. » Toutefois l'article 701 ajoute : « Mais cependant, si cette assi- « gnation primitive était devenue plus onéreuse au pro- « priétaire du fonds assujetti, si elle l'empêchait de faire « des réparations avantageuses, il pourrait offrir au pro- « priétaire de l'autre fonds un endroit aussi commode pour « l'exercice d'un droit, et celui-ci ne pourrait le refuser. »

La jurisprudence et la doctrine admettent généralement

que, dans sa partie finale, l'article 701 apporte une exception à la règle qu'il a tout d'abord posée. Et on a parfois tenté de justifier cette exception en invoquant l'intérêt général. Mais l'intérêt général exige avant tout l'immuabilité des droits réels ; et, s'il est permis de troubler une personne dans la jouissance d'un droit réel, ce ne peut être qu'exceptionnellement. Il faut une circonstance impérieuse ; une raison d'utilité ou de convenance ne suffit pas, pour permettre de porter atteinte au patrimoine d'une personne, soit en modifiant l'exercice de ses droits, soit en substituant un droit à un autre. Or, la détermination de l'assiette d'une servitude appartenant à l'initiative privée, on ne s'explique pas pourquoi le propriétaire du fonds servant serait autorisé à diminuer la charge qui le grève, puisque la servitude pourrait être à nouveau établie et peut être maintenue dans l'état où elle existe. Il n'y a donc pas un intérêt d'ordre général à la base de l'exception que contiendrait l'article 701 *in fine*.

Aussi des auteurs pensent que, pour donner cette interprétation à l'article 701, il vaut mieux recourir à un autre motif, et ils disent : « Que le propriétaire du fonds domi-
« nant n'a aucun intérêt à s'opposer à un déplacement
« très utile au propriétaire du fonds servant ; sa résistance
« injuste n'est dictée, par suite, que par un esprit de
« malice, par le dessein de nuire. Il a sans doute un droit ;
« mais c'est l'exercer d'une façon abusive que de vouloir
« nuire à autrui, et c'est manquer à la bonne foi, loi su-
« prême des conventions [1].

1. Baudry, *Traité de droit civil :* des Biens, édit. de 1896, n° 1145.

Il paraît difficile d'adopter cette manière de voir. En usant d'un droit tel qu'il a été établi, on ne l'exerce pas d'une façon abusive, quand bien même on nuirait aux intérêts des tiers. Et ne pas souffrir qu'une modification soit apportée à l'assiette d'un passage n'implique pas nécessairement qu'on veut nuire à autrui, mais signifie qu'on entend maintenir la servitude telle qu'elle existe. L'intérêt d'un tiers n'est pas suffisant pour permettre de troubler une personne dans la jouissance de ses droits. Propriétaire d'un terrain, on ne peut m'obliger à l'échanger contre un autre de même étendue et de même valeur, sous prétexte que cet échange profiterait à un tiers sans me nuire, et on ne peut me forcer à modifier le mode, que j'emploie pour jouir de ma propriété, sous prétexte que cette modification serait utile à mon voisin sans m'être préjudiciable. S'il n'y a pas un motif d'intérêt général à la base de la disposition finale de l'article 701, pourquoi, en admettant qu'une modification de l'assiette de la servitude ne porte atteinte qu'à l'exercice du droit, pourrait-on exiger que le propriétaire du fonds dominant exerçât son droit autrement qu'il l'a fait jusqu'alors?

Et, si on soutient que l'assiette est inhérente à la servitude, il paraît impossible d'accorder au propriétaire du fonds servant la faculté de substituer une servitude à une autre équivalente. Tout droit réel est, de sa nature, immuable, et rien n'autorise à enlever ce caractère à la servitude, quand bien même, par suite des circonstances, l'assignation de lieu deviendrait plus onéreuse pour le fonds servant.

Mais le droit de servitude, avant d'exister comme droit

réel, est généralement due comme droit d'obligation : c'est ainsi que la servitude de passage a toujours pour fondement une obligation dont l'exécution est susceptible de variantes. Or, il est pleinement satisfait à cette obligation lorsque le propriétaire du fonds servant fixe, pour l'exercice de la servitude, une assignation de lieu, qui procure au fonds dominant tous les avantages prévus par le titre. Mais ce droit, pour le propriétaire du fonds servant, d'assigner à l'exercice de la servitude un autre lieu que celui où s'accomplissent les faits de passage, suppose que le titre ne détermine pas l'assiette de la servitude ou ne la détermine que d'une façon démonstrative et réglementaire. Aussi ne doit-on appliquer la disposition finale de l'article 701 que dans le cas où la servitude n'est pas constituée comme droit réel, mais est toujours due comme droit d'obligation.

73. — Cette explication se concilie très bien avec l'article 686, qui consacre l'immutabilité du mode d'exercice de la servitude. De plus, elle donne à la servitude un certain caractère objectif, qui nous permet de préciser l'étendue de l'abandon que doit faire le propriétaire du fonds servant pour se décharger du fardeau de la servitude.

La servitude constitue au profit du fonds dominant (jouant le rôle de créancier) sur le fonds servant (jouant le rôle de débiteur) une charge que limite spécialement l'assiette ; aussi, est-ce par analogie que se résoud cette question : l'abandon, permis par l'article 699, doit-il porter sur la partie du fonds sur laquelle la servitude est assise, ou bien doit-il porter sur tout le fonds servant ?

La personne qui, pour garantir la dette d'autrui sans s'obliger personnellement, confère une sûreté réelle affectant spécialement un de ses biens, n'est tenue que sur le bien donné en garantie. Et, pour se soustraire aux poursuites dirigées contre elle, il suffira à la caution, tout au moins dans le cas où elle a consenti une hypothèque, de délaisser l'immeuble hypothéqué : cette situation, identique à celle des obligés *propter rem*, est analogue à celle du propriétaire du fonds servant. De même que le bien engagé limite les poursuites du créancier contre la caution réelle, de même l'assiette limite les droits du propriétaire du fonds dominant et les obligations du propriétaire du fonds servant.

Pour se libérer de la servitude, il suffira que l'abandon procure au propriétaire du fonds dominant la faculté de retirer de la propriété du fonds abandonné tous les avantages qu'il pouvait retirer de la servitude elle-même. Il suffira, par suite, d'abandonner la partie du fonds sur laquelle la servitude est assise.

Cette solution est aussi équitable que juridique ; il ne serait pas équitable en effet d'exiger que, pour s'affranchir du fardeau d'une servitude, on fût obligé d'abandonner la totalité du fonds servant. En sorte qu'il faudrait, par exemple, se résoudre à l'abandon d'une forêt de cent hectares pour faire disparaître une servitude de passage qui ne s'exercerait que sur quelques ares.

Mais il serait inexact de décider que, dans tous les cas, il suffira au propriétaire du fonds servant, pour s'affranchir d'une servitude, d'abandonner la partie du fonds sur laquelle elle sera assise. Qu'on suppose, en effet, qu'un

droit réel de passage est accompagné de droits accessoires, par exemple de celui d'extraire la pierre nécessaire à l'entretien du passage. Il est évident que le propriétaire dominant est fondé à exiger non seulement l'abandon du terrain sur lequel est assise la servitude principale, mais encore tout le terrain qui est affecté à l'exercice des droits accessoires. Et si cette affectation comprend tout le fonds servant, l'abandon devra être d'égale étendue.

TROISIÈME PARTIE

DE LA PREUVE

(PREUVE D'UN TITRE DE SERVITUDE. — PREUVE DE L'EXISTENCE D'UN DROIT RÉEL DE SERVITUDE)

DU TITRE RECOGNITIF. — EFFETS DU TITRE A L'ÉGARD DES TIERS

---

74. — Le titre de la servitude, c'est-à-dire le fait juridique qui donne naissance à l'obligation de la constituer, se prouve par les moyens de preuve ordinaires. Il y a lieu de distinguer à ce point de vue suivant que la constitution de la servitude est à titre gratuit ou à titre onéreux.

75. — *Constitution à titre gratuit.* — Si la servitude de passage a été établie à titre gratuit, la preuve s'en fait par la production du testament olographe ou de l'acte authentique contenant testament ou donation, puisque le testament olographe ou l'acte authentique sont essentiels à la constitution d'une servitude à titre gratuit. Exceptionnellement, si un cas de force majeure rend impossible cette production, le titulaire du droit est autorisé à prouver par témoins que la servitude a été constituée suivant les règles prescrites par la loi.

76. — *Constitution à titre onéreux.* — La preuve testimoniale est admise si la valeur de la servitude de passage ne dépasse pas 150 fr. Toutefois ce moyen de preuve ne

sera employé que très rarement, la valeur de la servitude étant presque toujours indéterminée. Mais la preuve testimoniale est admise quelle que soit la valeur de la servitude, si l'écrit ou l'acte a été détruit par cas de force majeure, ou s'il existe un commencement de preuve par écrit. Le commencement de preuve par écrit permet également de recourir aux présomptions, à l'aveu et au serment.

77. — *De la preuve par écrit.* — Pour valoir comme preuve, il n'est pas nécessaire que l'acte ou l'écrit, qui constate, que l'une des parties s'est obligée à supporter ou à constituer une servitude de passage, contienne une description complète de la servitude; il suffit que la volonté des parties soit nettement exprimée.

Si la description de la servitude est faite dans l'acte ou dans l'écrit, en prouvant le titre, on prouve l'existence du droit réel de servitude; au cas contraire, la production du titre écrit prouve l'existence de la servitude comme droit d'obligation, mais non comme droit réel, et il faut alors, au point de vue de l'existence de la servitude comme droit réel, prouver que l'obligation contenue dans le titre écrit a été exécutée.

Presque toujours, il suffira au propriétaire dominant de prouver l'existence de l'obligation contenue dans le titre. En effet, si on suppose que, faute de détermination de l'étendue de la servitude, l'obligation de livrer passage n'a pas été parfaite au moment même où elle a été contractée, ou bien le soin de cette détermination aura été laissé au propriétaire dominant, qui n'aura pas à se plaindre d'un retard qui dépend de lui, ou bien le soin

de cette détermination aura été laissé au propriétaire du fonds servant, qui devra justifier qu'il a fait toute diligence pour exécuter son obligation. C'est au débiteur, en effet, à prouver sa libération. Toutefois, le créancier peut avoir intérêt à prouver non seulement l'obligation, mais encore son exécution vis-à-vis du débiteur. Dès lors que l'existence de l'obligation n'est plus en jeu, tous moyens de preuve sont opérants, l'exécution d'une obligation appartenant au domaine des faits.

78. — Pour que l'écrit ou l'acte prouve l'existence de la servitude ou simplement « son titre », il doit émaner du propriétaire du fonds servant. Toutes énonciations émanant d'un tiers n'ont aucune force. La servitude ne peut être constituée que par le propriétaire du fonds servant ; lui seul, par suite, a qualité pour la reconnaître. On appuie parfois cette solution sur l'article 695, qui traite du titre récognitif. Mais son véritable motif est qu'on ne peut se créer un titre à soi-même.

79. — Ce principe recevait une exception dans notre ancien droit où était admise cette maxime : *in antiquis enuntiativa probant*. Pothier[1], au n° 739 de son Traité des obligations, s'exprimait ainsi : « Quoique le long usage « n'attribue pas droit de servitude, néanmoins si ma « maison a depuis très longtemps une vue sur la maison « voisine et que dans les très anciens contrats d'acquisi- « tion qu'en ont faite mes auteurs, il soit énoncé cette « vue, ces anciens contrats, soutenus de ma possession,

1. Pothier, *Traité des obligations*, n° 739. — Conf. Bourjon, t. II, p. 4, n°s 2, 3, 4, 5.

« feront foi du droit de vue contre le propriétaire de la « maison voisine, quoiqu'il soit un tiers, et que ses au- « teurs n'aient jamais été parties dans ces contrats. » Il convient de remarquer que la maxime : *In antiquis enuntiativa probant* ne s'appliquait que si elle était appuyée sur une très longue possession, ce qui fait dire avec raison à Demolombe [1], qu'en réalité cette maxime établissait simplement une présomption.

80. — Le Code civil a reproduit la règle de notre ancien droit, mais n'a pas admis d'exception. Aux termes de l'article 1320, *l'acte soit authentique soit sous seing privé fait foi entre les parties, même de ce qui n'y est exprimé qu'en termes énonciatifs, pourvu que l'énonciation ait un rapport direct à la disposition.* Dans ce texte, il n'est pas question des tiers, à qui aucune disposition du Code ne permet d'étendre cette règle. Sans doute l'acte authentique fait preuve à l'égard des tiers de l'existence des énonciations qu'il mentionne, mais il ne permet pas d'opposer à ces tiers les droits reconnus dans ces énonciations.

En l'absence de texte, on doit décider que, pour prouver l'existence de la servitude, le titre ou l'écrit doit émaner du propriétaire du fonds assujetti, et que tout autre acte ou écrit ne constitue même pas une présomption légale. Le législateur n'admet les présomptions que dans le cas où la possession est efficace pour établir le fait juridique,

1. Demolombe, *Code Napoléon*, t. XII, éd. de 1876. *Traité des serv.*, t. II, p. 247. — Toullier, *Droit civil français*, 6e édition, vol. IV, 2e partie, n° 165.

dont il s'agit de prouver l'existence ; pour la servitude de passage, qui ne peut être fondée sur la possession, aucune présomption n'est susceptible d'être invoquée.

DU TITRE RÉCOGNITIF

81. — On ne peut se créer un titre à soi-même. Aucun doute. L'acte ou l'écrit, qui produirait ce résultat, n'aurait aucune force en justice ; il serait repoussé comme moyen de preuve. Cependant il peut arriver qu'un propriétaire reconnaisse sur son fonds un droit de servitude, et que le propriétaire dont le fonds profiterait de ce droit ne soit pas partie à l'acte ou à l'écrit. Cet acte ou cet écrit sera-t-il dénué de toute valeur au point de vue de la preuve de la servitude ? Il est permis d'en douter. Il y a là un aveu de la part du propriétaire du fonds servant, et l'acte ou l'écrit constitue soit un commencement de preuve par écrit, soit un acte récognitif.

Telle est du moins la solution que semble adopter la jurisprudence, qui se montre très hésitante [1] sur le caractère d'un tel acte.

82. — Est-ce un acte récognitif de la servitude ? Pour répondre affirmativement, on invoque les termes de l'article 695 : « Le titre constitutif de la servitude à l'égard de

1. C'est ainsi que la Cour de cass., le 16 novembre 1829, a décidé que l'art. 695 du Code civil donne la valeur d'un titre récognitif à la reconnaissance d'une servitude émanant uniquement du propriétaire servant. (Dalloz, *Rép.*, Servitudes, note 1 sous le n° 997.) Et cependant le 16 décembre 1863, la Ch. des req. D., *Sup.*, n° 359, avait rendu un arrêt dans les motifs duquel on lit : « Attendu qu'il résulte de l'arrêt « attaqué que les défendeurs éventuels n'ont pas été parties dans l'acte « du 27 janvier 1817, par lequel l'auteur du demandeur en cassation,

« celles, qui ne peuvent s'acquérir par la prescription, ne « peut être remplacé que par un titre récognitif de la ser- « vitude et émané du propriétaire du fonds asservi. » On soutient que ce texte est relatif à la preuve d'une certaine catégorie de servitudes, et qu'il désigne par titre récognitif tout acte écrit contenant aveu de la part du propriétaire servant. Dans cette opinion, l'article 695 est opposé à l'article 1337, d'où il résulte que l'acte récognitif *de la constitution d'une servitude* n'est pas soumis aux conditions, que l'article 1337 exige de l'acte récognitif, qui prouve l'existence d'une obligation.

Après avoir fait cette opposition entre les articles 695 et 1337, parfois on essaie de rapprocher les articles 701 et 702 de l'article 785, et, se basant sur l'emploi de termes identiques, on conclut que la constitution d'une servitude de passage exige toujours un acte écrit [1].

83. — Dans un chapitre précédent, on a démontré que la rédaction d'un écrit ou la passation d'un acte n'est pas une condition essentielle à la constitution d'une servitude. En maintenant l'opinion qu'on a émise précédemment, comment expliquer l'article 695 ? Si cet article est relatif à une question de preuve écrite, il semble raisonnable de décider que toujours un écrit doit être produit pour

« qui y a figuré et qui était propriétaire du fonds asservi, a reconnu « l'existence, même antérieure à sa date, d'une servitude de passage... « qu'ainsi il ne s'agissait pas, dans la cause, d'un titre récognitif dans « le sens des art. 695 et 1337, mais de savoir si l'acte du 27 janvier « 1817 était un commencement de preuve par écrit sur lequel les « défendeurs éventuels pouvaient s'appuyer pour réclamer le maintien « de la servitude de passage dont ils jouissaient ».

1. Arrêt déjà cité sous le n° .

prouver l'existence de la servitude, de telle sorte que l'écrit ou l'acte, qui n'est pas nécessaire à la constitution du droit, serait nécessaire pour prouver son existence, l'acte primordial ne pouvant être remplacé que par un acte récognitif. Telle est l'interprétation donnée à l'article 695 par la cour de la Haye, dans une décision, qui n'a pas été reproduite et d'où il résulte, qu'en aucun cas la preuve par témoins, l'aveu et le serment ne devraient être reconnus comme moyens de preuve des servitudes constituées par titre.

84. — Cette opinion n'est pas antijuridique. Pour prouver un fait juridique, il est nécessaire parfois d'un écrit dont la rédaction n'intéresse cependant pas l'existence de ce droit : autre chose est constituer un droit, autre chose prouver son existence : de sorte que le législateur aurait pu dans l'article 695 exiger la production d'un écrit pour prouver l'existence d'une servitude qui, aux termes des articles 690 et 691, aurait été valablement constituée en dehors de tout écrit.

85. — Mais il est préférable de repousser, à la fois le système, qui admet que dans les articles 690, 691 et 695, le mot *titre* a même signification et signifie « acte écrit », et celui qui donne des sens différents au mot *titre* employé dans ces textes. Sans doute, on doit admettre avec le premier système que le législateur n'a pas eu l'intention de donner un sens différent au mot *titre*, lorsqu'il l'employait dans des dispositions très rapprochées de la même section de notre Code ; mais il convient d'adopter la signification que le second système donne du mot *titre* employé dans les articles 690 et 691.

Les articles 690 et 691, qui furent rédigés les premiers, posent un principe, et il est illogique de les expliquer par l'article 695 qui, à la fin de la section intitulée « comment s'établissent les servitudes », apparaît comme le développement du principe posé. Le mot *titre* très certainement exprime dans les articles 690 et 691 un fait juridique constitutif d'un droit d'obligation. Il n'a pas une autre signification dans l'article 695.

86. — Ce système explique très bien l'article 695. « Le « titre constitutif de la servitude à l'égard de celles qui « ne peuvent s'acquérir par la prescription, ne peut être « remplacé que par un titre récognitif de la servitude et « émané du propriétaire du fonds asservi. »

Ce texte, qui semble être ambigu d'après les systèmes qu'on repousse, ne fait, en somme, que développer le principe général posé dans l'article 691.

Toute une catégorie de servitudes ne s'acquièrent que par titres. Et par là on entend un fait juridique produisant un droit d'obligation. Le droit d'obligation, tel est l'unique fondement de certaines servitudes et notamment de la servitude de passage.

Comme conséquence logique de ce principe, pour prouver qu'une servitude de passage existe, il est nécessaire de justifier que la servitude a été constituée par le seul mode reconnu par la loi, c'est-à-dire par titre ; en d'autres termes, que la servitude de passage a pour fondement un droit d'obligation. Ce droit d'obligation est un élément essentiel de la constitution de la servitude de passage ; sans lui, elle ne peut exister ; aucun état de fait ne peut y suppléer : aussi le titre primordial doit être remplacé

par un titre récognitif émané du propriétaire du fonds assujetti, lorsque le titre primordial ne peut plus être invoqué.

87. — Quant à la preuve de ce titre récognitif, de même que celle du titre primordial, elle sera faite suivant les règles du droit commun, c'est-à-dire que la preuve testimoniale, l'aveu, le serment seront admis.

88. — Ainsi expliqué, l'article 695 découle tout naturellement de l'article 691 ; mais cet article 695 relate une exception apportée au droit commun. En effet, généralement lorsqu'un droit réel a été transmis ou constitué le titulaire du droit a la faculté, si la preuve du mode originaire est difficile ou impossible, d'invoquer un autre mode d'acquisition, comme par exemple une longue possession. C'est ainsi, notamment, que les servitudes continues et apparentes pouvant s'acquérir par possession, si la preuve du titre primordial devient impossible, on sera fondé à faire utilement la preuve d'une longue possession. Les servitudes discontinues et non apparentes ne pouvant s'acquérir que par « titres », la même faculté ne sera pas accordée, lorsqu'il s'agira de prouver leur existence. Et voilà pourquoi l'article 691 ne parle que des servitudes qui ne peuvent s'acquérir par prescription.

89. — En un certain sens, la disposition relatée dans l'article 695 apparaît comme inutile, puisqu'elle est implicitement contenue dans l'article 691.

Toutefois elle a son importance : elle nous indique très nettement que l'aveu et le serment, qui, dans certains cas, sont susceptibles de valoir comme preuve, même s'ils portent simplement sur l'existence du droit sans en indi-

quer le fondement, sont inopérants, s'il s'agit d'une servitude, qui ne peut s'acquérir par prescription, à moins qu'ils ne portent sur le fondement du droit, c'est-à-dire sur l'obligation, pour le propriétaire du fonds assujetti, de supporter la servitude.

90. — Avec cette interprétation, l'article 695 est le développement de l'article 691 ; il ne déroge pas à l'article 1337.

Du reste, puisque le fondement de certaines servitudes est toujours un droit d'obligation, n'est-il pas naturel, pour prouver l'existence de ces servitudes, d'appliquer les règles relatives à la preuve des obligations et notamment l'article 1337?

On prétend qu'un texte formel, l'article 695, apporte, en ce qui concerne les servitudes, une exception aux règles posées dans l'article 1337.

On a déjà soutenu que l'article 695 n'est pas relatif aux modes de preuve des servitudes ; et cependant, même s'il y était relatif, il ne serait pas logique de décider que le texte apporte une exception à la théorie générale des preuves des obligations. Et, en effet l'article 695 ne parlant pas des servitudes continues et apparentes, l'obligation de constituer ces dernières servitudes devrait tomber sous l'application des règles générales contenues dans l'article 1337, si bien qu'il serait plus facile de prouver une servitude discontinue non apparente qu'une servitude continue et apparente.

Aussi, la jurisprudence torturant à plaisir l'article 695 y trouve une règle générale relative à l'acte récognitif de toutes les servitudes, et décide que l'acte récognitif d'une

servitude quelconque n'est pas soumis aux prescriptions de l'article 1337.

Pour soutenir son opinion, la jurisprudence est obligée de faire appel à de nouvelles considérations.

Le but d'un acte confirmatif, dit-elle, est parfois de constater l'existence d'un droit et de servir de moyen de preuve, mais, le plus souvent, l'acte confirmatif est destiné à valider un acte qui à l'origine était entaché de nullité. Pour que l'acte confirmatif produise ce second résultat, il est nécessaire que celui, qui confirme, agisse en connaissance de cause ; aussi le droit canonique exigeait que la teneur de l'acte primordial fût reproduite intégralement dans le titre confirmatif. Cette exigence du droit canonique fut, à propos des fiefs, étendue par Dumoulin [1] aux actes récognitifs d'investiture. Ces actes, qui avaient pour but non pas de couvrir la nullité de l'acte primordial, mais simplement de prouver l'existence de droits préexistants, permettaient aux seigneurs, en employant des termes subtils, d'abuser de l'ignorance de leurs vassaux. Dumoulin, pour rendre la fraude difficile, exigea que le titre récognitif contint la teneur du titre primordial. Mais cette règle formulée par Dumoulin était spéciale aux investitures des fiefs. Pothier [2] y crut voir l'application d'un principe général. D'après l'opinion qu'on repousse, l'erreur de Pothier a été suivie par les rédacteurs de notre Code. Aussi l'article 1337 ne doit pas s'appliquer lorsqu'un texte n'y renvoie pas expressément.

1. Toullier-Duvergier, *Droit civil français*, 6e édit., vol. IV, 2e partie, nos 479 et 480.

2. Toullier-Duvergier, déjà cité, numéro ci-dessus. — Voir no 483.

Une erreur a peut-être été commise, mais ce n'est pas une raison suffisante, tout au moins dans une discussion théorique, pour apporter une exception à une règle générale sans y être autorisé par un texte formel. Si bien que, même si l'article 695 était relatif à la preuve des servitudes conventionnelles, ce qui précédemment a été contesté, on devrait décider : que l'article 695 ne fait qu'indiquer un moyen de preuve sans le réglementer, que l'article 1337, au contraire, indique les conditions d'existence du titre récognitif, et qu'enfin le législateur, gardant le silence sur les conditions du titre récognitif des servitudes, pour apprécier la valeur de l'aveu du propriétaire du fonds assujetti, il faut se reporter à l'article 1337 et rechercher si ses prescriptions ont été suivies.

DU TITRE ET DE SES EFFETS A L'ÉGARD DES TIERS

91. — Sous l'empire du Code civil, les conventions à titre onéreux, lorsqu'elles étaient légalement formées, suffisaient pour transmettre immédiatement la propriété immobilière, non seulement entre les parties, mais encore à l'égard des tiers. Et on admettait que le principe posé dans les articles 711 et 1138 relativement au droit de propriété, s'étendait aux autres droits réels immobiliers ; en conséquence, on décidait que les obligations, qui avaient pour objet la transmission ou la constitution à titre onéreux d'un droit réel immobilier autre qu'un droit de propriété, étaient parfaites *erga omnes* en dehors de la transcription de l'acte, qui les constatait. On reconnaissait enfin que, pour être opposables aux tiers, les conventions

à titre gratuit constitutives d'un droit d'antichrèse, de servitude, d'usage ou d'habitation, n'étaient pas soumises à la transcription, l'article 939 ne s'appliquant qu'aux donations de biens susceptibles d'hypothèques.

En résumé, la transcription de l'acte constatant l'existence d'une servitude de passage n'était jamais exigée par le Code civil.

92. — Avec la loi du 23 mars 1855 apparaît un système nouveau : l'obligation de transcrire, restreinte par l'article 929 aux donations de biens susceptibles d'hypothèques, prit le caractère de généralité, que notre ancien droit attachait au nantissement. Dans notre ancien droit, les coutumes, ainsi que l'enseigne Flandin [1], exigeaient les formalités du nantissement, non seulement pour les actes d'aliénation ou de constitution d'hypothèques, mais encore pour tous les actes en général d'où résultait un droit réel sur un fonds ou une charge pouvant en diminuer la valeur, tels qu'une inféodation, un accensement, un bail emphytéotique ou l'établissement d'une servitude. En dehors des Coutumes, ce principe de publicité, sans être réglementé, était affirmé d'une manière générale absolue par l'ordonnance de 1539 et l'édit de 1585 qui, comme les Coutumes, trahissent cette préoccupation, sauvegarder les intérêts des tiers par la publicité des actes translatifs de droits immobiliers. C'est en vue de cette sauvegarde que les devoirs de loi devaient contenir une déclaration exacte de chaque partie d'héritage vendue, donnée ou hypothé-

1. Flandin, *De la Transcription* : Résumé historique sur la transcription, p. xx.

quée, en spécifier l'étendue ou les limites, afin d'éviter les surprises et de donner à ceux qui contractaient avec quelqu'un le moyen, en recourant aux registres des seigneurs, où les devoirs de loi étaient transcrits, de connaître ses facultés et de savoir quels biens il avait aliénés ou hypothéqués [1].

93. — Le législateur de 1855, en généralisant la transcription, s'est inspiré de notre ancien droit. Il a voulu donner la possibilité de connaître en temps opportun l'existence des droits et charges qui, grevant les immeubles, en diminuent la valeur vénale; et de même que notre ancien droit prescrivait les formalités du nantissement pour la constitution des servitudes, la loi de 1855 a décidé dans son article 2 que seraient transcrits les actes constitutifs de droit d'antichrèse, de servitude, d'usage et d'habitation.

94. — Actuellement, comme sous l'empire du Code civil, le consentement suffit, en principe, pour rendre parfaite entre les parties contractantes l'obligation constitutive d'un droit réel de passage; mais, désormais, le droit réel de passage, établi soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, n'est opposable aux tiers qu'après transcription de l'acte qui le constate; jusqu'à la transcription, le droit de passer ne peut être opposé aux tiers, qui ont des droits sur le fonds servant et qui les ont conservés en se conformant aux lois.

95. — Toutefois, l'application de ce principe soulève dans la pratique des difficultés qui seraient faciles à résoudre,

1, Dalloz, *Rép.* : Transcription hypothécaire, n° 7, p. 670, 2 col.

si, conformément au désir émis[1] par M. Duclos lors de la discussion générale au sein du Corps législatif, la loi de 1855 se fût bornée à poser des principes généraux, au lieu de préciser des espèces particulières.

96. — Après avoir rappelé le but et l'esprit de la loi de 1855, il convient de rechercher quel est l'acte soumis à la transcription, pour que le droit de servitude de passage soit opposable aux tiers.

La loi de 1855, pour permettre aux tiers de connaître la publicité des droits et charges, qui diminuent la valeur vénale des immeubles, exige la transcription des actes ou jugements qui constatent la transmission ou la constitution des droits réels immobiliers, ou, plus simplement, qui constatent leur existence ; et elle ne prescrit la transcription des actes constatant des droits de créance, que dans les cas tout spéciaux où ces droits de créance portent atteinte à la valeur vénale des immeubles.

97. — S'il a été dressé un acte constatant, outre le fait juridique qui produit obligation de constituer passage, la réunion de toutes les conditions nécessaires à la constitution du droit réel, cet acte sera soumis à la transcription ; cette formalité fera connaître aux tiers l'existence d'un droit réel sur le fonds servant. Mais une difficulté sérieuse se présente, si on suppose qu'un acte, tout en constatant qu'il y a titre de servitude de passage, n'établit pas l'existence d'un droit réel de passage ; soit que la réglementation de cette servitude ait été remise à une

1. Dalloz, *Rép.* : Transcription hypothécaire, notes 1 et 2, sous le n° 23.

date postérieure à celle de l'obligation, soit que la réglementation faite au moment même du titre n'ait pas été mentionnée dans l'acte qui le constate. La transcription de cet acte est, en principe, inutile : elle ne fait pas connaître aux tiers l'existence d'un droit réel de passage ; elle leur fait connaître simplement l'existence d'un droit d'obligation, qui ne rentre pas parmi ceux, dont la publicité a été présentée par la loi de 1855. Loin de répondre au désir du législateur de 1855, on apporterait une entrave nouvelle à la libre circulation des immeubles, si on décidait que la transcription de l'acte constatant l'obligation de constituer passage rendrait opposable aux tiers l'exécution de cette obligation. En effet, qu'on suppose, par exemple, ce qui sera le cas le plus fréquent, que le débiteur de l'obligation a consenti à la constitution sur son fonds d'un droit de passage sans le réglementer, le défaut de réglementation rend impossible l'évaluation de la valeur vénale du fonds grevé de la servitude ; et ainsi non seulement la lettre, mais encore l'esprit de la loi de 1855 se trouvent méconnus.

98. — Toutefois, il serait inexact de décider, dans tous les cas, que la transcription de l'acte, qui constate uniquement l'existence d'une obligation de constituer passage, sera sans effet.

Il ne faut pas hésiter à répondre que, dans une hypothèse, cette transcription sera utile ; si on suppose que, pendant trente ans, le créancier a exercé le droit promis par le titre, l'assiette et le mode de la servitude se trouvent déterminés, et le droit réel de passage est constitué non seulement entre les parties, mais encore à l'égard des

tiers : ceux-ci, en effet, connaissent l'existence du titre par la transcription de l'acte qui le constate ; ils peuvent se rendre compte de la valeur et de l'étendue des faits de passage ; ils ne sont donc pas fondés, pas plus que le débiteur lui-même, à dire qu'il y a là des faits de pure tolérance. Du reste, lorsqu'il y a enclave, l'usage trentenaire détermine *erga omnes* l'assiette et le mode d'exercice du passage et permet à la servitude légale d'être définitivement constituée. Toutefois une observation mérite d'être faite : tandis que tous ceux, qui ont des droits sur certains fonds voisins du fonds enclavé, sont tenus de l'obligation légale de livrer passage, l'obligation conventionnelle ne s'impose qu'à celui qui l'a consentie et à ses ayants cause à titre universel : si bien qu'en cas d'enclave l'usage trentenaire produit ses effets, sans qu'il y ait à tenir compte des différentes mutations de propriété et des différents droits réels, dont le fonds débiteur de la servitude aurait été l'objet durant les trente années d'usage ; au contraire, dans le cas de titre conventionnel, l'usage trentenaire ne transforme le droit d'obligation en un droit réel qu'à l'égard du débiteur et de ses ayants cause à titre universel mais non à l'égard de ceux, qui ont acquis dans cet espace de trente ans des droits, qu'ils ont conservés en se conformant aux lois.

La servitude de passage conventionnelle ou légale prend naissance, comme droit réel, à l'expiration des trente années d'usage. A partir de ce moment, ceux qui acquièrent des droits sur le fonds servant, ne sont plus fondés à soutenir que le droit de passage n'existe

pas, quand bien même aucun acte constatant son existence n'aurait été transcrit.

Mais, on doit, en principe, faire transcrire l'acte constatant l'existence du titre, et en outre publier, par la voie de transcription, l'exécution de l'obligation de constituer passage, quel que soit le mode employé pour cette exécution. Du reste, si le propriétaire du fonds servant se refusait à donner l'écrit ou dresser l'acte qui est nécessaire pour la transcription, le propriétaire dominant l'y contraindrait en l'appelant devant les tribunaux ; cette solution est du reste implicitement contenue dans l'article 2 de la loi de 1855 qui prescrit la publicité de tout jugement constatant l'existence d'un droit de servitude.

99. — La publicité par voie de transcription, exigée pour la servitude conventionnelle, est-elle exigée également pour la servitude légale de passage ? Le doute est facile à dissiper : il n'y a pas lieu de faire publier, par la voie de la transcription, l'existence du titre de la servitude de passage établie à raison de l'enclave, puisqu'en cas d'enclave l'obligation de constituer le passage pèse sur tous ceux, qui ont des droits sur les fonds voisins du fonds enclavé ; la transcription d'un acte, qui constaterait cette obligation n'aurait aucun intérêt.

Quant à l'exécution de cette obligation légale, si elle s'opère par l'usage trentenaire, elle est évidemment opposable à tous.

Mais souvent la servitude légale de passage aura été constituée comme droit réel à la suite d'une réglementation judiciaire ou d'un accord amiable sur l'assiette et le mode de l'exercice de la servitude.

La décision judiciaire ou la convention seront assujetties aux formalités de transcription, et c'est à la condition de cette publicité que le droit réel sera opposable aux tiers. S'il y a défaut de transcription, les tiers ne seront pas tenus de respecter la décision judiciaire ou la convention amiable, et l'exercice de leurs droits sera susceptible de porter atteinte à la servitude de passage. Différents cas se peuvent présenter.

Parfois l'enclave aura disparu, et les tiers soutiendront que, faute de transcription, le droit réel de passage ne leur est pas opposable, qu'il n'est pas constitué à leur encontre et ne peut plus l'être. Et il semble juste d'admettre qu'ils seront fondés dans leurs prétentions, si l'assiette et le mode d'exercice du passage ne se trouvent pas déterminés par un usage trentenaire.

Parfois aussi, l'enclave subsistant, les tiers reconnaîtront qu'ils sont tenus de l'obligation de constituer passage, mais soutiendront que l'exécution de cette obligation ne peut se faire en dehors d'eux ; que la détermination de l'assiette et du mode d'exercice de la servitude, faite par le propriétaire servant, porte atteinte à leurs intérêts, en créant un droit réel, dont ils avaient l'intention de discuter les limites, et enfin que tout ou partie de l'indemnité y afférente leur revenait. Dans ce cas, le principe de la transcription doit encore sans doute recevoir son application. Et la détermination de l'assiette et du mode d'exercice de la servitude ne doit être opposable aux tiers qu'après la transcription. Il convient d'ajouter toutefois que, la plupart du temps, les tribunaux feront bien de maintenir à l'encontre des tiers l'assiette déjà fixée, en

décidant toutefois, dans certains cas, que l'indemnité afférente à la servitude sera répartie entre tous les ayants droit, alors même qu'elle aurait déjà été touchée entièrement par le propriétaire servant.

Cette solution, conforme à l'esprit de la loi de 1855, est équitable et nous permet de signaler une dernière analogie entre la servitude légale et la servitude conventionnelle de passage.

Vu par le Président de la thèse,
F. SURVILLE.

Vu :
Le Doyen,
LE COURTOIS.

Vu et permis d'imprimer :
Poitiers, le 5 décembre 1898.
Le Recteur,
H. CONS.

ERRATA

Page 26, note, au lieu de : *Buquet*, lire : *Bugnet.*

Page 35, 3e alinéa, au lieu de : *On pourrait soutenir qu'en réunissant...* lire : *On pourrait soutenir que le législateur de 1804 avait traité des questions différentes dans deux textes séparés, et qu'en réunissant...*

Page 37, ligne 5, au lieu de : *notre législateur reconnaît que l'obligation...* lire : *notre législateur reconnaît que l'enclave fait naître une obligation de constituer passage, et il décide que l'obligation...*

Page 45, ligne 20, au lieu de : *un testament est indépendant*, lire : *un testament, en est indépendant.*

Page 54, 2e alinéa, au lieu de : *Mais s'il s'agit,* lire : *Et s'il s'agit.*

Page 55, titre, au lieu de : EFFETS DE CETTE DÉTERMINATION, lire : EFFETS DE LA DÉTERMINATION DE L'ASSIETTE.

Page 58, ligne 8, au lieu de : *ayant pour conséquence son extinction partielle*, lire : *ayant pour conséquence son extinction totale, un non-usage partiel aurait pour conséquence une extinction partielle.*

Page 59, ligne 14, au lieu de : *bien,* lire : *lieu.*

Page 61, ligne 8, au lieu de : *autorisés par le droit réel supprimé originairement*, lire : *autorisés par le droit réel originairement.*

Page 67, ligne 6, au lieu de : *encore tout le terrain*, lire : *encore l'abandon de tout le terrain.*

TABLE DES MATIÈRES

Pages.

INTRODUCTION. 1

Division du sujet. 7

PREMIÈRE PARTIE

DU TITRE

CHAPITRE I. — Des différents modes de constitution d'une servitude de passage et de la nécessité de dresser un écrit en constituant la servitude. — Définition du titre 11

CHAPITRE II. — Distinction entre le titre, l'obligation qu'il produit et la servitude qui en résulte. (De la nécessité de décrire la servitude dans le titre.) 22

CHAPITRE III. — Comparaison entre la servitude légale et la servitude conventionnelle de passage au point de vue de leur titre. 30

DEUXIÈME PARTIE

DE L'ASSIETTE

CHAPITRE I. — Détermination de l'assiette. 47

CHAPITRE II. — Effets de cette détermination. 55

Obligations du propriétaire du fonds dominant. 55

Obligations du propriétaire du fonds servant. 62

TROISIÈME PARTIE

DE LA PREUVE

Preuve d'un titre : Preuve de l'existence d'un droit réel de servitude. — Du titre récognitif. — Effets du titre à l'égard des tiers. 69

Poitiers. — Imprimerie Masson.